

Studieopdracht Doelgroepenmaatregelen

DOELGROEPENMAATREGELEN EN HET UNIERECHT



Een onderzoek in opdracht van de Vlaamse minister bevoegd voor Werk,
in het kader van het VIONA-onderzoeksprogramma.

Coördinatie: prof. dr. M. De Vos, UGent

INHOUDSTAFEL

ALGEMENE INLEIDING EN DOELSTELLINGEN	6
DEEL I: DOELGROEPENMAATREGELEN EN DE EU-REGELS VOOR STAATSTEUN.....	7
Samenvatting en boomstructuur	7
Introduction and Structure	12
Chapter I. The basic framework	13
Chapter II. The scope of application of state aid discipline for target group measures.....	15
1. The conditions under which state aid discipline is applicable.....	15
§1. The measure entails an advantage for an undertaking.....	15
§2. Selectivity of the measure	17
§3. The advantage is granted by the State and through state resources	21
§4. The distortion of competition and effect on trade	22
2. EU coordination of employment policies/labour market regulation outside state aid discipline	23
Chapter III. Exemptions for state aid schemes aiming to foster employment among target groups	26
1. The General Block Exemption Regulation	26
§1. General conditions of eligibility under the GBER.....	26
§2. Categories of exemptions relevant in the context of target group measures.....	29
2.1. SME investment and employment aid	30
2.2. Aid for disadvantaged workers	31
2.3. Aid for disabled workers.....	32
2.4. Training aid	33
2.5 Aid for the loan of highly qualified personnel seconded from a research organization or a large enterprise to an SME	33
2. Aid for the rescuing and restructuring of firms in difficulty	34
3. Alternatives to obtain recognition of the compatibility of notified State aid measures for disadvantaged and disabled workers and for training aid.....	35
§1. Basic principles.....	36
§2. Assessment of the adequacy of the measure.....	36
§3. Assessment of the effectiveness and necessity of the measure	37
§4. Assessment of the negative/distortive effects of the measure.....	37
§5. The balancing test	38

§6. Illustrations	38
Conclusion and Decision Tree	39
DEEL II: DOELGROEPENMAATREGELEN EN HET EU NON-DISCRIMINATIERECHT	46
INLEIDING EN STRUCTUUR.....	46
Hoofdstuk I: De werkingssfeer van het Europese non-discriminatierecht	47
1. Versplinterde bronnen van het Europese non-discriminatierecht	47
2. Materiële en personele werkingssfeer van het EU non-discriminatierecht.....	48
3. Doorwerking	49
4. Conclusie	50
Hoofdstuk II: Algemene begrippen: de discriminatietoets	51
1. Rechtstreekse discriminatie	51
2. Onrechtstreekse discriminatie.....	52
§1. Algemeen.....	52
§2. Voorbeelden	53
3. Discriminatie bij associatie	54
4. Conclusie	54
Hoofdstuk III: Rechtvaardiging van een <i>prima facie</i> rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie.....	55
1. Rechtvaardiging van een <i>prima facie</i> onrechtstreekse discriminatie op grond van nationaliteit	55
§1. Legitieme doelstelling	56
§2. Geschiktheid en noodzakelijkheid (evenredigheidsbeginsel).....	57
2.1 Toetsingsintensiteit	57
2.2 Geschiktheid.....	58
2.3 Noodzakelijkheid (proportionaliteit)	59
2. Rechtvaardiging van een <i>prima facie</i> leeftijdsdiscriminatie.....	60
§1. Rechtstreekse en onrechtstreekse discriminatie.....	60
§2. Legitieme doelstelling van algemeen belang.....	61
§3. Geschiktheid	62
§4. Noodzakelijkheid.....	63
3. Rechtvaardiging van <i>prima facie</i> geslachtsdiscriminatie	64
§1. Rechtvaardiging van rechtstreekse discriminatie	64
§2. Rechtvaardiging van onrechtstreekse discriminatie	65
2.1 Legitieme doelstelling	65

2.2 Geschiktheid	65
2.3 Noodzakelijkheid.....	66
4. Positieve discriminatie	67
5. Conclusies.....	68
Hoofdstuk IV: Illustratieve toepassing op bestaande doelgroepenmaatregelen	69
1. Leeftijdsgebonden doelgroepen.....	69
§1. Oudere werknemers	69
§2. Doelgroepenmaatregelen voor jonge werknemers.....	71
2.1 Algemeen.....	71
2.2 -19-jarigen.....	71
2.3 Laaggeschoolden.....	72
2. Langdurig werkzoekenden	73
§1. Onrechtstreekse discriminatie - algemeen.....	73
§2. Onrechtstreekse discriminatie: nationaliteit	74
3. Stagiairs (stagebonus)	75
DEEL III: DOELGROEPENMAATREGELEN EN HET EU VRIJ VERKEER.....	77
INLEIDING EN STRUCTUUR.....	77
Hoofdstuk I: De werkingssfeer van het Europese marktrecht	78
1. Materieel toepassingsgebied: situering	78
§1. Beginselen.....	78
§2. Algemene draagwijdte	79
2. Personeel toepassingsgebied: vrij verkeer van werknemers	80
3. Personeel toepassingsgebied: vrij verkeer van diensten	81
4. Noodzakelijke Unie-dimensie	82
5. Toepassing en conclusie.....	83
Hoofdstuk II. Vrij verkeer en de obstakeltheorie	84
1. Elk potentieel obstakel is a priori verdacht	84
2. Rechtvaardiging van een obstakel	85
Hoofdstuk 3. Doelgroepenmaatregelen als te rechtvaardigen obstakels	87
1. Algemeen.....	87
2. Mogelijke obstakels	87
§1. Intrinsiek obstakel	87

§2. Beperkingen voor inkomende werknemers	88
§3. Meldingsplicht of inschrijvingsvereiste	88
§4. Woonplaatsvereiste	89
§5. Vereiste dat de werknemer onderhevig is aan de lokale sociale zekerheid	90
3. Obstakels doelgroepenbeleid als dwingende reden van algemeen belang	91
§1. Bevordering van werkgelegenheid	91
§2. Bescherming van de nationale sociale zekerheid	91
§3. Werkelijke band met de geografische arbeidsmarkt	92
§4. Verworven rechten en overgangsregeling	93
§5. Bescherming van werknemers.....	93
§6. Beperking sociale bijstand	94
4. Effectiviteit en proportionaliteit	94
§1. Algemeen kader	94
§2. Intrinsiek obstakel	95
§3. Meldingsplicht of inschrijvingsvereiste	96
§4. Woonplaatsvereiste	96
§5. Vereiste dat de werknemer onderhevig is aan de lokale sociale zekerheid	97
Conclusie en toepassing.....	98

ALGEMENE INLEIDING EN DOELSTELLINGEN

In het kader van het zogenaamde Vlinderakkoord wordt Vlaanderen bevoegd voor doelgroepenmaatregelen in werkgelegenheidsbeleid, in het bijzonder de doelgroepenverminderingen voor (1) oudere werknemers, (2) jonge werknemers, (3) langdurig werkzoekenden en (4) bij herstructurering. Ook de kortingen voor zeer specifieke sectoren (baggersector, sleepvaartsector, kunstenaars, kinderopvang/onthaalouders, huispersoneel) komen over naar Vlaanderen.

Conform de opdracht, beoogt dit rapport een beschrijving en analyse te bieden van het regelgevend kader van de Europese Unie dat van toepassing is op doelgroepenmaatregelen en tewerkstellingspremies. Het rapport beoogt daarbij tevens, in uitvoering van de opdracht, de grenzen te schetsen en af te bakenen van de beleidsruimte die Vlaanderen binnen dat regelgevend kader heeft. In overeenstemming met de voorafgaande bespreking, wordt alleen *ad hoc* melding gemaakt van relevante informatie, in het bijzonder van relevante rechtspraak, met betrekking tot andere lidstaten van de EU.

Het EU regelgevend kader dat relevant is voor de behandelde problematiek is in essentie driedig:

- De regels voor staatssteun.
- De Europese beginselen van non-discriminatie.
- De Europese beginselen van vrij dienstenverkeer.

Deze drie delen worden hieronder achtereenvolgens behandeld. Voor de goede orde wordt beklemtoond dat het rapport zich ook daartoe beperkt. Zo wordt onder andere geen aandacht besteed aan de grenzen van de interne bevoegdheidsverdeling, aan de nationale Grondwet, noch aan puur-fiscale maatregelen.

Conform de instructies, wordt evenmin overgegaan tot een beleidsmatige analyse, bijvoorbeeld in relatie met de Europese werkgelegenheidsstrategie. Deze laatste strategie komt alleen inleidend aan bod omdat de gebeurlijke inschaling van Vlaamse beleid in de overkoepelende Europese werkgelegenheidsstrategie een rol kan spelen in de argumentatie over de rechtvaardiging van de beleid in de behandelde juridische deelstukken.

DEEL I: DOELGROEPENMAATREGELEN EN DE EU-REGELS VOOR STAATSTEUN

Samenvatting en boomstructuur

Het EU recht inzake staatssteun en het beleid van Commissie daaromtrent, integreren en accommoderen het specifieke karakter van het werkgelegenheidsbeleid en de noodzakelijke verhoging van de deelname van de meest kwetsbare categorieën van werknemers op de arbeidsmarkt.

Desondanks zijn er verschillende procedurele en materiële verplichtingen inzake staatsteun, waarmee Vlaanderen rekening zal moeten houden in de uitoefening van zijn nieuwe grondwettelijke bevoegdheden inzake doelgroepenmaatregelen. Die verplichtingen reflecteren het delicate evenwicht tussen, enerzijds, het respect voor de autonomie van de lidstaten op het gebied van werkgelegenheid en, anderzijds, de verzekering dat deze autonomie niet tot schadelijke concurrentievervalsing op de interne markt leidt.

Allereerst moet opgemerkt worden dat het toepasselijk EU-kader inzake staatsteun is aanzienlijk duidelijker is geworden tijdens de laatste jaren, dankzij niet alleen de nieuwe Algemene Groepsvrijstellingsverordening (GBER), maar ook de nieuwe mededelingen van de Commissie omtrent staatsteun voor kwetsbare werknemers en gehandicapte werknemers. In het bijzonder verduidelijkt dit hervormde kader de methodologie die gevolgd moet worden om te garanderen dat selectieve steun ter bevordering van de werkgelegenheid bij bepaalde categorieën van werknemers, effectief conform is met EU discipline inzake staatsteun.

De bodemlijn is dat, voor zover een doelgroepenmaatregel effectief bijdraagt tot hogere werkgelegenheid voor kwetsbare werknemers of gehandicapte werknemers, er een grote kans is dat deze maatregel verenigbaar is met de interne markt. Desondanks maakt de studie duidelijk dat tolerantie *vis-à-vis* dergelijke steun niet onbeperkt is. De sociale voordelen van steunmaatregelen moeten altijd afgewogen worden – soms met automatisch toezicht van de Europese Commissie – tegenover hun potentiële nadelen op het vlak van mededinging. De *Beslissingsboom* hieronder geeft een overzicht van de belangrijkste vragen die in de loop van *policy-making* aangepakt moeten worden.

We benadrukken dat deze beslissingsboom begrepen moet worden voor wat hij is en niets meer, namelijk een schematisch overzicht van de EU instrumenten en beginselen die relevant zijn in het kader van doelgroepenmaatregelen. De functie van de beslissingsboom is aldus beperkt en verplaatst geenszins een aandachtige analyse van de primaire bronnen in concrete gevallen, in het licht van de relevante delen van deze studie.

Bovendien, en in het algemeen, moeten de grenzen van deze studie zelf indachtig worden gehouden. De opdracht en het doel van dit rapport is een algemene begeleiding aan de beleidsmaker aan te bieden. Het zou illusoir zijn, te denken dat hiermee een antwoord kan geven op elke vraag die zich potentieel kan stellen m.b.t. de verenigbaarheid van een specifieke doelgroepenmaatregel met het EU-recht inzake staatsteun. Het EU-recht inzake staatsteun is bijzonder complex en technisch, en laat zich dus niet tot standaardformules reduceren. Vervolgens kan deze studie niet alle regels inzake staatsteun bespreken. Bijvoorbeeld wordt niet ingegaan op het onderscheid tussen bestaande en nieuwe steun, ondanks het belang ervan wat procedure en controle betreft. Daarenboven is het begrip "doelgroepenmaatregel" zelf, dat hier centraal staat, op zich al zeer breed en kan het een groot aantal verschillende maatregelen beslaan die voordelen voor bepaalde categorieën van werknemers met zich kunnen meebrengen. Controle van de verenigbaarheid van een specifieke maatregel met het EU-recht inzake staatsteun vereist dus

noodzakelijkerwijze een grondige *case-by-case* analyse die met alle gedetailleerde voorschriften in de relevante instrumenten rekening houdt.

Boomstructuur

1. Het eerste aspect dat door de beleidsmaker moet onderzocht worden betreft de vraag of de beoogde maatregel wel staatssteun impliceert. Er zijn vier cumulatieve voorwaarden waaraan moet worden voldaan om onder het toepassingsgebied van het EU recht inzake staatssteun te vallen:

a. In de eerste plaats resulteert de maatregel in een **voordeel voor de betrokken onderneming**.

- i. Dit betekent dat de maatregelen die alleen een voordeel voor werknemer(s) met zich meebrengen, geen staatssteun vormen.
- ii. Ten tweede, heeft de vorm van het voordeel geen belang (het kan zowel positief zijn, bijvoorbeeld loonsubsidies, of negatief, i.e. een vrijstelling van bepaalde kosten voor de onderneming).
- iii. Het Hof heeft het duidelijk gemaakt dat het sociale karakter van overheidssteun niet voldoende is om de kwalificatie van staatssteun te ontlopen. In de praktijk betekent dit dat de enkele omstandigheid dat een voordeel aan bepaalde ondernemingen wordt toegekend met het oog op een vermindering van de werkloosheid niet voldoende is om te concluderen dat dit voordeel conform met het EU-recht inzake staatssteun is.

b. Ten tweede **moet het voordeel selectief zijn**. Dit betekent dat het een voordeel met zich meebrengt dat uitsluitend geldt voor bepaalde ondernemingen of sectoren van economische activiteit, en niet voor alle ondernemingen of bedrijfstakken die, in het licht van de doelstellingen van het betrokken system, zich in een vergelijkbare juridische en feitelijke situatie bevinden.

- i. *Definitie van een "onderneming"* voor de toepassing van de EU-recht inzake staatssteun: een entiteit, ongeacht haar rechtsvorm of de manier waarop ze is gefinancierd, die bestemd is voor een economische activiteit, dat wil zeggen een activiteit bestaande in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt. Op basis van deze definitie aanvaardt het Hof van Justitie dat 'social profit' organisaties niet onderworpen zijn aan staatssteunregels op voorwaarde dat (1) zij geen winst maken en (2) een uitsluitend sociale functie uitvoeren, behalve wanneer ze voor de betrokken activiteiten in competitie zijn met ondernemingen met winst oogmerk.
- ii. Er zijn twee belangrijke selectiviteitscriteria:
 1. *Sectorspecifieke selectiviteit*: maatregelen die enkel bepaalde ondernemingen (bijvoorbeeld KMO's of grote ondernemingen, ondernemingen in moeilijkheden, enz.) of bepaalde economische sectoren (landbouw, industrie, scheepsbouw, textiel, bankieren, enz.) bevorderen zijn per definitie selectief. Geen dergelijke selectiviteit vloeit voort uit het feit dat een onderneming moet voldoen aan bepaalde objectieve, niet-discriminerende en niet-discretionaire voorwaarden om de steun te krijgen. Bijvoorbeeld: een maatregel is niet selectief om de enkele reden dat de werkgelegenheidssteun voornamelijk voor jonge werknemers afhankelijk wordt gemaakt van het feit dat de begunstigde onderneming niet meer dan bepaalde drempels van steun in het afgelopen jaar heeft ontvangen en de jongere werknemer voor een minimum tijdspanne in de onderneming actief moet blijven. *A contrario* is het irrelevant dat bepaalde ondernemingen of bepaalde sectoren de facto meer genieten van het algemene regime: het is het regime zelf dat selectief moet zijn.
 2. *Geografische selectiviteit*: In principe is een maatregel selectief als hij enkel van toepassing is op een deel van het grondgebied. Het Hof van Justitie heeft echter verduidelijkt in recente rechtspraak dat het niet uitgesloten kan worden dat een regionale entiteit, als gevolg van haar status, rechtens en feitelijk, ten opzichte van het centrale bestuur van een lidstaat dermate autonoom is dat zij,

door de maatregelen die zij vaststelt, en niet het centrale bestuur, een fundamentele rol speelt in de vaststelling van de politieke en economische omgeving waarin de ondernemingen opereren. In dat geval vormt het grondgebied waarop de regionale entiteit die de maatregel heeft vastgesteld en haar bevoegdheid uitoefent – eerder dan het nationale grondgebied in zijn geheel – de relevante geografische context om uit te maken of een door een dergelijke entiteit vastgestelde maatregel geografisch selectief is. Op basis van deze evolutie kan worden betoogd dat Vlaanderen, binnen de sfeer van zijn autonome bevoegdheden, het referentiekader vormt voor de beoordeling van selectiviteit. Dit betekent in de praktijk dat een sociaal voordeel dat door Vlaanderen aan alle ondernemingen op zijn grondgebied zou worden verleend niet als geografisch selectief kan worden beschouwd.

c. Ten derde, moet het **voordeel door de staat en op basis van staatsmiddelen worden verleend**. De twee voorwaarden zijn cumulatief. Het concept van de “staat” is ruim gedefinieerd. Het beslaat ook alle openbare bedrijven en particuliere ondernemingen waarop de staat een overheersende invloed uitoefent bij het toekennen van steun, of particuliere ondernemingen die door de staat opgericht zijn om bepaalde steunmaatregelen te beheren. De voorwaarde dat steun uit staatsmiddelen moet gefinancierd worden, is ook voldaan wanneer de steun door een overheidsbedrijf wordt verleend, of door een onderneming die door de staat (of Vlaanderen) belast is met het beheer van de steun, *op voorwaarde* dat de financiële last hiervan uiteindelijk op de staat (of Vlaanderen) rust.

d. Ten vierde moet er een **verstoring van de concurrentie en een effect op de handel zijn**. Men moet in het bijzonder evalueren of de steun de “*de minimis*”-bedragen die door Verordening 1998/2006 vastgesteld zijn niet overschrijdt. In overeenstemming met deze Verordening moet een steun/steunmaatregel niet bij de Commissie worden aangemeld worden als:

- i. Hij niet meer bedraagt dan 200 000 EUR per onderneming (of 100 000 EUR in het wegvervoer) over een periode van drie jaar;
- ii. De steun/steunmaatregel transparant is, dat wil zeggen dat de berekening van het exacte bruto-subsidie-equivalent mogelijk moet zijn, zonder risk-assessment.

2. Als er aan elk van die voorwaarden voldaan is, is de volgende vraag of de nieuwe steun of steunmaatregel aan de Commissie moet aangemeld worden, in overeenstemming met Verordening 659/1999, en vervolgens of de steun onmiddellijk verleend kan worden, dan wel of er een prealabele beschikking van de Commissie nodig is om te verklaren dat de steun verenigbaar is met de interne markt.

a. Allereerst moet onderzocht worden *of de steun of de steunmaatregel onder het toepassingsgebied van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (GBER) valt of niet* en of er aan alle door die Verordening vastgestelde voorwaarden voldaan is. Als dat het geval is, moet de steun of de steunmaatregel niet aan de Commissie aangemeld worden en wordt de steun automatisch beschouwd als verenigbaar met de interne markt. *Twee categorieën van voorwaarden moeten onderzocht worden.*

- i. Aan de ene kant, de *algemene voorwaarden*:
 - 1) De steun of de steunmaatregel moet *transparant* zijn (art. 5) en de kosten die voor bepaalde steun in aanmerking komen, moeten door duidelijke en specifieke bewijsstukken ondersteund worden (Art. 4, 3 GBER);
 - 2) *Bepaalde categorieën van steun/steun maatregelen worden uitgesloten* (Art. 1 GBER);
 - 3) Het *bruto-subsidie-equivalent* van elke individuele steun kan niet hoger zijn dan bepaalde *plafonds* die specifiek zijn voor elk van de categorieën;
 - 4) De beleidsmaker moet aantonen dat de steun *nodig* is. Wat de aanwerving van nieuwe werknemers betreft betekent dit, bijvoorbeeld, dat deze aanwerving niet zou hebben

plaatsgevonden zonder staatssteun. De GBER houdt wel een meer flexibele regel in m.b.t. steun voor de indienstneming van benadeelde categorieën van werknemers en gehandicapte werknemers. Er is automatisch aan die noodzakelijkheidsvoorwaarde voldaan voor zover de maatregel tot een netto-toename van het aantal werknemers van die categorieën in de betrokken onderneming leidt.

- 5) Bepaalde *procedurele vereisten* moeten nageleefd worden, o.a. kennisgeving aan de Commissie van een samenvatting van de steun of de steunmaatregel binnen de 20 dagen na de inwerkingtreding hiervan.
- ii. Aan de andere kant zijn er ook *specifieke voorwaarden die op de verschillende categorieën van steunmaatregelen in de GBER van toepassing zijn*:
- 1) Steun voor *investeringen en werkgelegenheid binnen KMO's* (Art. 15 GBER): de kosten die in aanmerking kunnen komen, zijn o.a. de geschatte loonkosten voor de aanwerving van personeel als resultaat van een bepaalde investering in de KMO, berekend over een periode van twee jaar. De steun kan niet hoger zijn dan 20% van de in aanmerking komende kosten voor kleine ondernemingen en 10% voor de middelgrote ondernemingen.
 - 2) Steun voor de *aanwerving van kwetsbare werknemers* (Art. 2(18) en 40 GBER): zeer ruime definitie van het begrip "benadeelde werknemers", met inbegrip van personen die gedurende de laatste zes maanden geen betaald werk hebben gehad, personen die geen diploma van het secundair onderwijs hebben behaald of personen ouder dan 50 jaar oud. De kosten die in aanmerking komen zijn de loonkosten over een maximale periode van twaalf maanden volgende op aanwerving (of 24 maanden in het geval van een ernstig benadeelde werknemer). De steun kan niet hoger zijn dan 50% van deze kosten.
 - 3) Steun voor de aanwerving van *gehandicapte werknemers* (Art. 2(20) en 42 GBER): opnieuw een zeer brede definitie van het begrip "gehandicapte werknemer". De kosten die in aanmerking komen, zijn de loonkosten die uit de nieuwe aanwerving voortvloeien, met inbegrip van de extra kosten die nodig zijn de werkomstandigheden aan te passen. De maximale intensiteit van de steun is 75% van deze kosten.
 - 4) *Opleidingskosten* (Art. 38 GBER): opleidingssteun is verenigbaar met de interne markt als hij niet meer bedraagt dan 25% van de kosten voor specifieke opleiding en 60% van de kosten voor algemene opleiding. Hogere drempels zijn van toepassing voor de opleiding van gehandicapte of benadeelde werknemers, of van werknemers in KMO's.
 - 5) *Steun voor het uitlenen van hooggekwalificeerd personeel van een onderzoeksorganisatie of een grote onderneming naar KMO's* (Art. 37 GBER): de kosten die in aanmerking komen, zijn alle personeelskosten die verband houden met detachering. Intensiteit van de steun kan niet hoger zijn dan 50% van kosten die in aanmerking komen, en voor een maximum van 3 jaar per onderneming en per persoon.

b. Andere regels zijn van toepassing in geval van **steun aan ondernemingen in moeilijkheden**. Hier moet verwezen naar de *communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden*, van 2004. Steun die onder het toepassingsgebied van de richtsnoeren valt, wordt niet van de aanmeldingsplicht aan de Commissie *per se* vrijgesteld. De bedoeling van de richtsnoeren is echter indicaties te geven aan de lidstaten over de mate waarin reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden als verenigbaar met de interne markt wordt beschouwd. De richtsnoeren betreffen in het bijzonder 'sociale' steunmaatregelen ter compensatie van kosten die uit ontslag voortvloeien, alsmede opleiding, advisering en bijstand voor de betrokken werknemers.

- i. Volgens de Commissie is dergelijke steun *a priori verenigbaar met de interne markt* voor zover de steun toegekend wordt aan een onderneming in moeilijkheden in de zin van de richtsnoeren (par. 9, 60-67 en 90 Richtsnoeren);
- ii. Deze categorieën van sociale steun moeten duidelijk in het herstructureringsplan worden geïdentificeerd opdat zij niet in aanmerking zouden worden genomen bij de berekening van de compensatie die door de betrokken onderneming moet ingebracht worden;

- iii. Reddings- en herstructureringssteun kan enkel eenmalig aan een bepaalde onderneming verleend worden (par. 72 Richtsnoeren).

c. *Indien een nieuwe steun of steunmaatregel niet binnen het toepassingsgebied van de GBER valt, moet hij **overeenkomstig verordening 659/1999 n. aan de Commissie worden aangemeld.*** Doelgroepenmaatregelen kunnen echter door de Commissie als verenigbaar met de interne markt worden verklaard. Hier moet verwezen worden naar twee mededelingen van de Commissie die de criteria vastleggen voor de beoordeling van de verenigbaarheid van individueel aan te melden staatssteun ten behoeve van opleiding en voor de beoordeling van de verenigbaarheid van individueel aan te melden staatssteun voor de indienstneming van kwetsbare en gehandicapte werknemers. De studie focust op de tweede categorie, die van belang is in het kader van doelgroepenmaatregelen.

- i. De belangrijkste *kosten die in aanmerking komen* zijn de *totale loonkosten* die uit de aanwerving resulteren (brutolonen, vóór belasting; verplichte bijdragen, kinderopvang en bovenliggende zorgkosten).
- ii. Het basisprincipe is dat de Commissie een *a priori* positieve beoordeling maakt van dergelijke staatssteun, voor zover deze steun bijdraagt tot een verhoging van het aantal kwetsbare werknemers die een stabiele baan vinden.
- iii. De *geschiktheid* van de steun of de steunregeling moet geëvalueerd worden: de staat moet niet alleen aantonen dat de steun tot een bevordering van de werkgelegenheid van kwetsbare of gehandicapte werknemers zal leiden, maar ook dat selectieve steun verkieslijk is boven horizontale steun (potentieel verkrijgbaar door alle ondernemingen);
- iv. Een beoordeling van de *effectiviteit* van de steun of de steunmaatregel moet worden uitgevoerd: aangetoond moet worden dat ondernemingen die de steun krijgen hun gedrag veranderen door een verhoging van het aantal kwetsbare of gehandicapte werknemers dat zij aanwerven. De nieuwe aanwervingen mogen niet het aantal werknemers van andere categorieën binnen de onderneming verminderen.
- v. Een *evenredigheidstoets* moet uitgevoerd worden om er voor te zorgen dat de steun niet verder gaat dan het nodige minimum. In ieder geval kan de intensiteit van de steun niet hoger zijn dan 50% van de loonkosten die in aanmerking komen m.b.t. benadeelde werknemers en 75% van de loonkosten m.b.t. gehandicapte werknemers.
- vi. Ten slotte moeten de *positieve effecten van de steun in termen van werkgelegenheid voor de betrokken kwetsbare of gehandicapte werknemers afgewogen worden tegenover de negatieve consequenties hiervan voor de mededinging*, rekening houdende met het feit dat de steun *ex hypothesi* enkel voor bepaalde ondernemingen of categorieën van ondernemingen verkrijgbaar is.

Introduction and Structure

The Member States retain competence to conduct their own employment policies. Nevertheless, their regulatory autonomy is limited both legally and in practice by EU principles of free movement and undistorted competition. This Part focuses on State aid policy and market regulation, which is an important limitation stemming from EU free competition principles.

The **first chapter** highlights the relevance and specificity of state aid discipline applied to measures benefiting target groups and falling under Flanders' legislative competence as a result of the last state reform.

The **second chapter** focuses more specifically on the scope of application of EU State aid discipline, taking into account both the specific constitutional architecture of Belgium and the social nature of measures aimed to foster employment among disadvantaged groups of workers or job seekers. The chapter further explores briefly obligations resulting from the EU Guidelines for the employment policies of Belgium (increasingly Flanders also) beyond State aid discipline.

The **third chapter** examines the exemptions available for measures pertaining to employment policy insofar as these measures constitute State aid. Apart from the new Block Exemption Regulation, the chapter explores the various possibilities to obtain recognition that a specific aid scheme notified to the Commission is compatible with the internal market.

This structure reflects the methodology that can be followed by the policy-maker in Flanders to ensure compliance of measures aimed to benefit target groups such as older workers, younger workers, long-term unemployed, workers affected by restructuring, low-skilled workers, migrant workers, etc. with the principles governing EU State aid discipline. The concluding remarks, structured as a 'decision-tree', aim to provide some guidance in the process of policy-making.

Chapter I. The basic framework

State aid law is governed by EU law exclusively in the various legal orders of the Member States. Article 107 TFEU reads as follows:

‘Save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market.’

It is necessary from the outset to point to the specific nature of employment policies in the context of market regulation and free competition. As pointed out by Catherine Barnard, even before the 2008 financial crisis, the legal force of negative integration in the internal market, combined with the economic pressures of transnational factor mobility and regulatory competition, have reduced the capacity of national political systems to address these challenges.¹ Moreover, and as is even clearer since the 2008 financial crisis, employment policies are closely intertwined with the challenge of competitiveness in most western democracies. Higher unemployment rates bear heavily on public deficit and result in reduced investment, research and innovation. Unemployment creates in turn competitive imbalances between EU Member States and their main economic competitors in the global economy.²

As a consequence, simultaneously with the emergence of an effective internal market with the Maastricht Treaty, Member States accepted the principle of common EU employment strategies aimed to improve the effectiveness of national employment policies as well as their consistency with macro-economic policies of the EU. The Council is entrusted with the task of coordinating Member States policies in this field, on the basis of proposals made by the Commission.³

Higher employment has been a top priority of the EU for a long time, based on the assumption that prosperity should come along with efficient policies not only to avoid exclusion and foster social cohesiveness but also to ensure long-term financial sustainability of social security schemes.⁴ According to Article 3(3) TEU, full employment is one of the guiding principles for the establishment of the internal market. A series of other core objectives of the Union are furthermore closely related to and also partly dependent upon employment policies, such as the reduction of social exclusion and discrimination, the promotion of social justice and protection, solidarity between generations, as well as the economic, social and territorial cohesion, and solidarity among the Member States. The horizontality of the objective of a high degree of employment in the Union is reflected in a particularly clear way in Article 9 TFEU, according to which ‘[i]n defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level employment, the guarantee of adequate social

¹ C. Barnard, ‘Employment policy and the EU’, in: P.G. Xuereb, *Getting down to gearing up for Europe* (European Documentation and research Centre, University of Malta, 1999) 225.

² See for an illustration of differences in employment rates in the EU and in the USA, European Commission, ‘Community policies in support of employment’, COM(2000) 78 final, 1 March 2000.

³ See Council Decision 2010/707/EU of 21 October 2010 on guidelines for the employment policies of the Member States (OJ [2010] L 308/46), confirmed for the period 2012-2014 by Council Decision 2012/238/EU of 26 April 2012 on guidelines for the employment policies of the Member States (OJ [2012] L 119/47).

⁴ See ‘Europe 2020 Strategy’ and the Commission’s Communication on ‘An Agenda for new skills and jobs’ – COM(2010)682 final. See generally J. Hubin, ‘La politique de l’emploi dans l’Union européenne et les droits sociaux fondamentaux’, *ERA Forum*, 2007, 585-599.

protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health'. Furthermore, 'Inclusive growth', defined as the fostering of high-employment economy delivering economic, social and territorial cohesion, with a target of 75 % employment for 20-64 years age group by 2020, is one of the pillars of Commission's recent 'Europe 2020 Strategy'.⁵

A skilled workforce is an essential asset to develop a competitive, sustainable and innovative economy in line with the Europe 2020 Strategy goals. Commission policies therefore aim to support Member States in modernizing their education and training systems to provide young people with the skills they need to be competitive on labour markets. Accordingly, Member States bear primary responsibility for designing and implementing policies for achieving the targets of the Europe 2020 Strategy, based on the employment Guidelines adopted by the Council. One component of Member States' strategies to achieve these objectives is public expenditure on labour market policy measures.⁶

Most of these public measures are addressed to individuals or apply to all undertakings, such as general reduction in the taxation of labour or social costs (for example, horizontal measures aimed to reduce social costs for the hiring of young workers such as the first-employment schemes better known as the 'Rosetta'-scheme in Belgium), measures to provide guidance and counseling, general assistance and training for the unemployed or training programs that apply without distinction to all employers in a Member State. Such measures do not provide an advantage to certain undertakings and, hence, do not constitute State aid.⁷

As we shall see, however, there can be situations in which measures aimed to foster employment of certain categories of workers entail an aid granted by the State to certain (categories of) undertakings. The following chapter therefore examines the scope of application of EU State aid discipline in that context.

⁵ Europe 2020: a strategy for smart, sustainable and inclusive growth, COM (2010) 2020, p. 21.

⁶ See in particular European Commission, State aid Scoreboard – Report on State aid contribution to Europe 2020 Strategy, Spring 2011 Update, COM (2011) 356 final, pp. 46-47.

⁷ See for an early illustration Case 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v High Authority* [1961] ECR 1, p. 19. However, this is without prejudice of constraints that result from EU free movement and non-discrimination principles (see below, Parts II and III). Account should be taken also from coordination measures adopted in the field of employment by the EU (see below, Part I, chapter II, section 2).

Chapter II. The scope of application of state aid discipline for target group measures

State aid can in certain circumstances constitute an appropriate instrument to tackle market failures.⁸ Examples include measures to support the recruitment of workers with disabilities or other categories of workers which face barriers to their employment at the going wage rates. Such measures might reveal appropriate in particular for three of the target groups for which Flanders is about to receive legislative and regulatory competence: older workers, younger workers and long-term unemployed. State aid in the form of wage subsidies can help these workers to enter the labour market or to remain in their post by covering extra costs induced by their perceived or real lower productivity. An illustration of market failure is training, considering that, in the absence of public action, much less training would be provided than is socially desirable to create or maintain a competitive workforce capable to adapt quickly to evolutions in market environments.

Yet it cannot be excluded that, despite certain positive effects, employment aid distorts competition and delays adjustments needed to ensure the competitiveness of European industry. As the Commission made clear, employment aid, if it is not subject to rigorous control and appropriate aid limits, can have harmful effects which cancel out its immediate effects on job creation.⁹ As far as training aid is concerned, public authorities can be encouraged to take over part of certain firms' training costs and confer a financial advantage that improves their competitive position. Such measures must therefore be well-designed in order to address market failures that arise from underinvestment in training and to avoid or minimize unnecessary distortions of competition.

Before examining the issue of compatibility with the internal market of State aid targeting certain workers and benefiting certain undertakings, it is first necessary to clarify when a measure falls under the scope of application of EU State aid law.

1. The conditions under which state aid discipline is applicable

To be considered state aid for the purposes of Article 107(1) TFEU, a measure needs to fulfill several conditions: the measure entails an advantage for undertakings; it has to be selective, the advantage has to be granted by the State or through state resources and the aid is likely to distort competition between the Member States.¹⁰ These conditions are cumulative: if one is not fulfilled, then the measure will not fall under the ambit of EU state aid law. We turn to these conditions in turn.

§1. The measure entails an advantage for an undertaking

The first condition is straightforward: the measure has to entail an advantage for the undertaking(s) that benefit from it. According to settled case law of the Court, the concept of aid does not cover exclusively positive benefits, such as subsidies or loans, but also which, in various forms, mitigates the charges which

⁸ State aid Scoreboard, *op. cit.*, p. 47.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ See generally K. Bacon, *European Community Law of State Aid* (Oxford: Oxford University Press, 2009); C. Quigley, *European State Aid Law and Policy* (Oxford University Press: Oxford, Portland 2009), 2nd ed.; E. Szyszczak (ed.), *Research Handbook on European State Aid Law* (Elgar, Cheltenham 2011).

are normally included in the budget of an undertaking and which, without therefore being subsidies in the strict sense of the word, are similar in character and have the same effect.¹¹

That condition may already exclude certain categories of target group measures aiming to foster employment of disadvantaged categories of workers when these measures compensate a cost that would normally have been incurred by the worker himself (or the person seeking employment) rather than by an undertaking: free training of long-term unemployed or unemployed with a low level of education, preferential tariffs for public transportation benefitting disadvantaged workers or employment seekers, aid directly granted to disabled persons to facilitate their professional activity, social assistance for workers with specific a family burden (such as nursery premiums for parents who are both economically active and have several children or for mono-parental families), or assistance to the redeployment of workers targeted by restructuring, to mention a few examples only. Whether a certain advantage benefits the worker personally instead of the undertaking itself, has to be assessed on a case-by-case basis, with a reference as to the normal distribution of responsibilities in the employment relationship.

An interesting illustration is provided by the case *ITC* before the Court of justice.¹² The case concerned a reference for a preliminary ruling by the *Sozialgericht Berlin* in Germany on the compatibility with EU law of a German scheme of “recruitment vouchers” delivered by a public body (the Federal Employment Agency) to persons seeking employment. By issuing these vouchers, the Federal Public Agency undertook to pay the fee due to the agent instructed by the employee and which had placed him/her in employment. Among various issues of compatibility with EU law raised by the domestic judge (including the free movement of workers and the freedom to provide services¹³), the Court was invited to rule on the consistency of the “recruitment vouchers” scheme with the prohibition of State aid contained in former Article 87 EC (now Article 107 TFEU). The scheme could be described as a target group measure considering that only certain categories of persons wishing to obtain a job were entitled to obtain the recruitment vouchers (persons who were entitled to claim unemployment benefit or unemployment assistance who had not found a job after three months of unemployment, or persons who were engaged in employment that was provided as part of a job creation scheme or a structural measure of adjustment). The Court eventually decided that that question was inadmissible in that the referring judge had provided no explanation as to the significance which the classification as a State aid of the system of recruitment vouchers might have in relation to the dispute before it. It is nevertheless interesting to observe that Advocate General Léger, in his conclusions delivered on 5 October 2006, discarded any incompatibility of the German scheme at issue in these proceedings with State aid discipline.¹⁴ Besides the absence of a selective advantage for private-sector recruitment agencies (on that condition, see below, §2), the AG argued that the recruitment vouchers could not be considered to be either a subsidy or a mitigation of the charges which should normally have been included in the budgets of private-sector recruitment agencies. The scheme merely provided for an assignment of the liability to pay the fee due to the private-sector recruitment agency from the employee to the Federal Employment Agency. By paying the fee directly to the agency, the Federal Employment Agency was simply paying in consideration for a service rendered by the recruitment agency, namely the recruitment of a person seeking employment. This part of the opinion of the AG is certainly a correct application of the condition that a measure, to be qualified as state aid, requires that an advantage is granted to an undertaking or a series of undertakings.

¹¹ See, inter alia, Case C-126/01, *Gemo* [2003] ECR I-13769, para. 28 and the case-law cited.

¹² Case C-208/05, *ITC* [2007] ECR I-181.

¹³ In this case, the Federal Employment Agency refused to pay the fee to a recruitment agency on the basis that the employee who had received the recruitment voucher had not been placed in employment that was subject to compulsory social security contributions in Germany.

¹⁴ See [2007] ECR I-181, paras 28 and ff.

On the other hand, it is important to note that *the form and the purpose of the advantage are unlikely to shield it from EU state aid law scrutiny, when its effect is indeed an economic benefit or cost mitigation for the undertaking concerned*. For example: 'a partial reduction of social charges devolving upon undertakings of a particular industrial sector constitutes aid [...] if that measure is intended partially to exempt those undertakings from the financial charges arising from the normal application of the general social security system, without there being any justification for this exemption on the basis of the nature or general scheme of the system'.¹⁵ In the famous case *Kimberly Clark*, the Court made it clear that '[t]he social character of State assistance is not sufficient to exclude it outright from being categorized as aid'.¹⁶ The Court has similarly dismissed the argument that reductions in social security contributions escape the qualification as state aid merely because they would be the quid pro quo of exceptional additional costs which the undertakings agreed to assume as a result of the negotiation of collective agreements.¹⁷

Even more relevant for the purposes of this study is the Belgian *Maribel bis/ter* case, where the Court decided that even selective advantages 'aimed at promoting the creation of jobs by reducing, for certain undertakings, the amount of social security contributions which they must pay must be regarded as State aid when it is not justified by the nature or general scheme of the social welfare system'.¹⁸ It is noteworthy that the Court admitted that Member States retain their powers to organize social security systems and may therefore pursue objectives of employment policy, including for example the maintenance of a high level of employment amongst manual workers and the maintenance of an industrial sector in order to balance the economy. The Court nevertheless considered that targeted reductions in social contributions introduced by Belgian authorities had the sole direct effect of according an economic advantage to the recipient undertakings alone and, as a consequence, were not justified by the nature of the Belgian social security system.¹⁹

§2. Selectivity of the measure

A measure is selective, in principle, if it produces advantages exclusively for certain undertakings or certain sectors of activity.²⁰ A measure is selective if and when it creates an advantage for certain undertakings or sectors of economic activity which does not benefit other undertakings or economic sectors which, in the light of the objective pursued by the measure in question, are in a comparable legal and factual situation.²¹ By contrast, a measure which benefits all undertakings in the territory, without distinction, is a general measure and does not constitute State aid. Amongst the various sources of selectivity, the two most relevant ones for the purposes of this study are geographic selectivity and sector-specific selectivity. Before examining those two sources of selectivity, it is first necessary to examine the concept of 'undertaking' which is pivotal in state aid law.

The concept of 'undertaking' in the context of state aid law

The concept of "undertaking" is defined at EU level. The definition given by the ECJ to that notion is functional. For the purposes of EU State aid law, an undertaking is any entity, regardless of its legal status or the way in which it is financed, which carries on an economic activity, i.e. an activity consisting in

¹⁵ Case 173/73, *Italy v. Commission* [1974] ECR 709, para. 15; ECJ, Case C-301/87, *France v. Commission* [1990] ECR I-307, paragraph 41.

¹⁶ Case C-241/94, *France v. Commission* ('*Kimberly Clark*') [1996] ECR I-4551, para. 21.

¹⁷ Case C-251/97, *France v. Commission* [1999] ECR I-6639.

¹⁸ *Maribel bis/ter* Case, *op. cit.*, para. 34.

¹⁹ *Ibid.*, paras 38-39.

²⁰ See for example Case T-55/99, *CETM v. Commission* [2000] ECR II-3207, para. 39.

²¹ See for example Case C-143/99, *Adria-Wien Pipeline and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* [2001] ECR I-8365, para. 41, and Case C-409/00, *Spain v. Commission* [2003] ECR I-1487, para. 47.

offering goods or services on a given market.²² The fact that the recipient of the aid may be a non-profit making company is irrelevant as long as it carries on an economic activity in competition with other operators.²³ However, entities that fulfill an exclusively social function and are entirely non-profit-making are not regarded as undertakings for the purposes of EU State aid law. Accordingly, the ECJ decided that sickness funds, and the organizations involved in the management of the public social security system, do not conduct an economic activity because they fulfill an exclusively social function and are entirely non-profit.²⁴ In the case *Ministero dell'Economia e delle Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze*, however, the ECJ made it clear that the latter qualification is excluded to the extent that the non-profit organization conducts activities for which it enters into competition with profit-making operators.²⁵ In such cases, the reasoning held by the Court in its *Kimberly Clark* judgment applies, that '[t]he social character of State assistance is not sufficient to exclude it outright from being categorized as aid'.²⁶

On the basis of the current case law, it is therefore possible to argue that *social profit* organizations escape State aid discipline insofar as (1) they do not seek to obtain business profit and (2) pursue an exclusively social function, except where they enter into competition with profit-making operators for the activities concerned. Against that background, it should be emphasized that when an entity is considered to be an undertaking receiving State aid, this does not prejudice the question whether this aid can be considered compatible with the internal market, for example because it has a social character (Art. 107(2)(a) TFEU), because it is granted in compensation of services of general economic interest or, more generally, because it fulfills the conditions of the group exemption (GBER) described below.²⁷

Sector-specific selectivity

Most of the time, selectivity results from the fact that advantages benefit specific undertakings or particular sectors only.

The general prohibition in Article 107(1) TFEU of measures favouring the production of certain goods makes clear that aid to specific sectors is to be regarded as selective, even if it concerns an entire economic sector and irrespective of the size of the economic sectors concerned by the measures.²⁸ Hence, for instance, limiting the benefit of an advantage to farmers²⁹ or to undertakings mainly producing goods (by contrast with undertakings mainly or exclusively providing services)³⁰ is sufficient to create selectivity. Similarly, aid measures targeted at small and medium-size enterprises (SMEs) or self-employed workers

²² See inter alia Case 118/85, *Commission v. Italy* [1987] ECR 2599, para. 7; Case C-172/03, *Heiser v. Finanzamt Innsbruck* [2005] ECR I-1627, para. 26.

²³ See Case 78/76, *Steinike und Weinlig v. Germany* [1977] ECR 595. Hence, for instance, the Court has decided that a provider of emergency transport services (*Ambulanz Glöckner*) was an undertaking even though it operated on a non-profit basis, since the activity in question was one performed by others for profit. See Case C-475/99, *Ambulanz Glöckner* [2001] ECR I-9098, paras 20-21.

²⁴ Joined Cases C-159/91 and C-160/91, *Poucet and Pistre v. AGF and Concava* [1993] ECR I-637, paras 15-18.

²⁵ Case C-222/04 [2006] ECR I-289, paras 122-123.

²⁶ See above, footnote 17.

²⁷ See *infra*, Chapter III.

²⁸ See for example, for an aid scheme benefiting the banking sector, Case C-148/04, *Unicredito Italiano* [2005] ECR I-11137; for a reduction of social security contributions applicable to employers in sectors as diverse as the extraction of non-energy materials, the chemical industry, the metal-processing industry, the precision instrument and optical instrument industries, transport related activities, horticulture, forestry, and the exploitation of forests, Case C-75/97, *Belgium v. Commission ('Maribel bis/ter')* [1999] ECR I-3671.

²⁹ See for instance Decision C (2007) 6784 of the European Commission, State Aid / Belgium (N° 450/2007). See also

³⁰ Case C-143/99, *Adria-Wien Pipeline and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* [2001] ECR I-8365.

and that are unavailable to larger companies are normally selective.³¹ The same holds true *a contrario* for aid schemes that are available to large undertakings only.³²

By contrast, it results from the case law of the ECJ that State aid discipline does not apply to general measures applicable to all undertakings *which meet objective, non-discriminatory and non-discretionary requirements*.³³ For example, the Commission considered that a Swedish scheme which promoted employment by granting subsidies to encourage firms to hire long-term unemployed workers, provided these firms met certain objective criteria other than the sector in which they operate, did not entail any State aid.³⁴ Similarly, it can be argued that the mere circumstance that an aid scheme is available only to companies which have not previously benefitted more than certain amounts of state aid does not create as such selectivity because such condition can be considered as being non-discriminatory, objective and non-discretionary.³⁵

Finally, the mere circumstance that certain undertakings or certain sectors *de facto* benefit more than others of a certain aid scheme is *not* sufficient to create selectivity. An easily understandable illustration are social contribution reductions applicable to feminine workers only, aiming to increase their employment level. It is likely that, in practice, such a regime is more beneficial to sectors usually employing a higher proportion of women than men, such as textile and shoe industries. Yet insofar as such scheme is *formally* applicable to all sectors, it is to be considered general and therefore non-selective.³⁶

Geographic selectivity and the issue of regional autonomous competences

In principle, an aid granted to undertakings in a particular area in a Member State is deemed to be selective.³⁷ For a long time, the position of the Commission in that regard has been that only measures applicable on the entire territory of a Member State are non-selective and that, as a result, measures applying to a part of the territory only are automatically regarded as selective geographically. For the Commission, it was irrelevant that such limitation found its origin in the exercise by a regional authority of its autonomous powers. Otherwise, argued the Commission, State aid discipline would apply differently in the various EU Member States depending on whether they have a centralized or decentralized model of government.³⁸

That view was challenged before the Court of Justice in a tax case concerning the Portuguese Azores.³⁹ The case concerned alleged selective tax advantages granted to natural and legal persons having their tax residence in the Azores. In essence, the Court rejected the strict approach defended by the Commission. The Court first emphasized that in order to determine whether the measure at issue was selective, it was

³¹ See for instance Case C-351/98, *Spain v. Commission* ('Spanish trucks') [2002] ECR I-8031.

³² See for instance Decision C (2003) 4574 of the European Commission, State aid / Belgium (N° 275/2003).

³³ The requirement that the condition should be non-discretionary means that the benefit (or refusal) of the aid cannot rest ultimately on an arbitrary decision of the public authority concerned.

³⁴ See the Commission's Twenty-Eighth report on Competition Policy (1998), p. 270.

³⁵ On that understanding, it should be considered that the '50+ employment premium' in Flanders does not entail a "selective" advantage for certain undertakings merely because that measure does not apply to companies where over 50 % of the wage costs during the year preceding the application for a job creation premium were financed by subsidies from the Federal Government or the Flemish Government. It seems that electivity rather stems here from the fact that the regime is not available to undertakings in the shipbuilding sector and in other sectors subject to special rules in regulations and directives governing all state aid in the sector.

³⁶ See Commission Decision 80/932/EEC of 15 September 1980 concerning the partial taking-over by the State of employers' contributions to sickness insurance schemes in Italy, OJ L p. 28.

³⁷ See in particular Case C-408/04 P, *Commission v. Salzgitter* [2008] ECR I-2767, para. 109, confirming on that particular issue Case T-308/00, *Salzgitter v. Commission* [2004] ECR II-1933, para. 18.

³⁸ See for an analysis of the Commission's original position, M. Dony, *Droit communautaire de la concurrence. Contrôle des aides d'État*, Commentaire Mégret, 3^{ème} éd., Brussels, Éditions de l'ULB, 2007, p. 62.

³⁹ C-88/03 Portugal v. Commission [2006] ECR I-7115, paras 71-79, esp. paras 56 and ff.).

appropriate to examine whether, within the context of a particular legal system, that measure constituted an advantage for certain undertakings in comparison with others which are in a comparable legal and factual situation. The Court then stressed that the determination of the reference framework has a particular importance in the case of tax measures, since the very existence of an advantage may be established only when compared with 'normal' taxation. The 'normal' tax rate is the rate in force in the *geographical area* constituting the reference framework. In that connection, added the Court, the reference framework should not necessarily be defined with regard to the territorial limits of the Member State concerned, making a measure conferring an advantage in only one part of the national territory not selective on that ground alone, for the purposes of (then) Article 87(1) EC. The most important part of the Court's reasoning reads as follows:

'It is possible that an infra-State body enjoys a legal and factual status which makes it sufficiently autonomous in relation to the central government of a Member State, with the result that, by the measures it adopts, it is that body and not the central government which plays a fundamental role in the definition of the political and economic environment in which undertakings operate. In such a case it is the area in which the infra-State body responsible for the measure exercises its powers, and not the country as a whole, that constitutes the relevant context for the assessment of whether a measure adopted by such a body favours certain undertakings in comparison with others in a comparable legal and factual situation, having regard to the objective pursued by the measure or the legal system concerned.'⁴⁰

The Court further made clear that three conditions must be fulfilled for its finding to apply. **First**, the measure must have been taken by a regional or local authority which has, from a constitutional point of view, a political and administrative status separate from that of the central government (institutional autonomy).⁴¹

Second, the measure must have been adopted without the central government being able directly to intervene as regards its content (procedural autonomy). The existence of procedural autonomy is not called into question by the mere circumstance that the autonomous region or authority is subject, in accordance with domestic law, to an obligation to take into account the repercussions of its decisions on the whole territory of the State, for example for the purpose of complying with the principles of equality, solidarity and equivalence of fiscal pressure.⁴²

Third, the financial consequences of the concerned measure must not be offset by aid or subsidies from other regions or from the central government (economic autonomy). In other words: the infra-State body not only has to have the regulatory power in the territory to adopt the measure under discussion, but it also must assume the political and financial consequences of the measure it adopts.

It results from the foregoing that the geographic limitation of a scheme resulting from the exercise of autonomous powers by regional authorities does not necessarily create selectivity, but that this conclusion

⁴⁰ *Id.*, para. 58.

⁴¹ See also for an application to the Basque Country in Spain, Joined Cases C-428/06 to C-434/06, *UGT-Rioja* [2008] ECR I-6747; for an application to Gibraltar, see Joined Cases T-211/04 and T-215/04, *Government of Gibraltar v. Commission* [2008] ECR II-3745, para. 146.

⁴² See *UGT-Rioja, op. cit.*, paras 102-104.

is indeed conditional: it depends on the careful and successful application of the aforementioned conditions on a case-by-case basis, for each target group measure concerned.

However, to the extent that general statements can be made about what is and remains a case-by-case analysis, it seems that for most policy fields where it enjoys autonomous legislative powers, the territory of Flanders constitutes the reference framework for the purpose of appraising the existence of a selective advantage. In accordance with Belgian constitutional law, Flanders enjoys sufficient institutional, procedural and economic autonomy in areas in which it acts as a legislator. *If that is the case, this means that Flanders cannot be refrained from limiting the benefit of certain schemes to (all) undertakings established or active in its territory. Such territorial limitation is the result of the constitutional subdivision of legislative competences in Belgium resulting from the various state reforms. It does not amount per se to the selectivity required to fall under the scope of EU state aid law.*

§3. The advantage is granted by the State and through state resources

The second condition is that the advantage is granted by the State or through state resources. Despite some inconsistencies in the case law, it is now accepted that that condition is to be understood broadly. On that understanding, any measure which confers economic advantages on specific undertakings or economic sectors, and which is the result of conduct attributable to the State (or Flanders in matters covered by the present analysis), should constitute State aid. Aid granted by public authorities (centralized, decentralized, regional, local, etc.) will by definition constitute aid granted by the State.⁴³ The concept of “the State” also covers public undertakings and private undertakings over which the State exercises a dominant influence, provided public authorities are involved in one way or another in the adoption of the aid measures, and private undertakings which the State (or Flanders in our case) has established to administer the aid.⁴⁴ It follows that an entity such as the VDAB, as a matter of principle, is covered by State aid discipline.

Following the judgments of the Court of Justice in the *PreussenElektra* and *France v. Commission* cases, it is clear that the conditions of a grant *by* the State and a grant *through State resources* are cumulative.⁴⁵ This means in practice that there is no State aid where an advantage is granted to certain undertakings by law but where the *financial burden* of it rests with private undertakings rather than with public authorities. The condition that aid should be granted through state resources is also fulfilled where aid is granted by a public undertaking or a private undertaking entrusted by the State with the management of the aid on condition that the financial burden of the aid ultimately rests with the State. In concrete terms, this means for instance that aid possibly granted by the VDAB is subject to EU state aid discipline insofar as the budget allocated to the aid is provided for by Flanders or, alternatively, where the aid implies that Flanders is deprived of some revenue.⁴⁶

⁴³ C. Quigley, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁴ M. Dony, *op. cit.*, pp. 23 and ff.

⁴⁵ Cases C-379/98 *PreussenElektra* [2001] ECR I-2099, paras 58-62 and C-482/99, *France v. Commission* [2002] ECR I-4397, para. 2.

⁴⁶ See inter alia Case C-295/97, *Piaggio v. Italia* [1999] ECR I-3735, para. 42; Case C-159/01, *Netherlands v. Commission* [2004] ECR I-4461, para. 52.

§4. The distortion of competition and effect on trade

The last condition for a measure to fall under the scope of Article 107(1) TFEU is that it is liable to distort competition and affect trade between Member States.⁴⁷ Classically, a measure distorts competition if it strengthens the position of an undertaking or of a group of undertakings in relation to its/their competitors.⁴⁸ That test however is relatively loose in that it does not entail a precise analysis of the position of competitors on the market, the strengthening of a competitive position being assessed only by reference to the advantage being given to the beneficiary.⁴⁹ The condition that the aid must be liable to affect inter-State trade is important because it delineates the jurisdiction of Union authorities and the areas reserved to the independent action of the Member States.⁵⁰ Here, *it is necessary to demonstrate that the aid strengthens the position of an undertaking compared with other undertakings competing in trade within the EU.*⁵¹ *It is not necessary, however, to show that the aid beneficiary/beneficiaries is/are actually involved in intra-Community trade itself.*⁵² Whereas the advantage has to be real, its impact on intra-Community trade can be potential instead.

An important limitation to State aid discipline in practice results from the *de minimis* Regulation of 2006, which applies to most economic sectors except –to mention the most significant sectors excluded only– fisheries and agriculture.⁵³ The rationale behind that Regulation is to reduce the administrative burden on SMEs and to allow the Commission to concentrate on cases of real importance. According to the regulation, aid measures shall be deemed not to meet all criteria of Article 107(1) TFEU and therefore be exempt from the notification requirement laid down in Article 2 of Council Regulation n. 659/1999⁵⁴ if they do not exceed 200 000 EUR to any one undertaking over any period of three fiscal years, or 100 000 EUR per undertaking in the road transport sector.⁵⁵ These ceilings apply irrespectively of the form or the objective pursued by the aid measure or scheme.

There is also a ‘transparency’ requirement, *i.e.* that it is possible to calculate precisely the gross grant equivalent of the aid *ex ante* without need to undertake a risk assessment.⁵⁶ It follows moreover from the case law that the Regulation does not apply to a measure which does not limit the amount of aid which may be received by an individual undertaking to the specified ceiling.⁵⁷ In line with the ‘transparency’ goal, the measure itself must formally and *a priori* set the limits of its interventions. Furthermore, whenever an overall aid scheme results in one (or several undertakings) receiving an aid exceeding this ceiling, the *de minimis* Regulation is inapplicable as a whole, including as regards undertakings that receive less than the ceiling and for the fractions not exceeding the ceiling.⁵⁸

⁴⁷ See for example Case C-372/97, *Italy v. Commission* [2004] ECR I-3679, para. 44; Joined Cases C-393/04 and C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium* [2006] ECR I-5293, para. 34.

⁴⁸ See *inter alia* Case 730/79, *Philip Morris v. Commission* [1980] ECR 2671, para. 11.

⁴⁹ See for example Case T-14/96, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) v. Commission* [1999] ECR II-139, para. 78.

⁵⁰ Case T-93/02, *Confédération nationale du Crédit Mutuel ('Livret bleu')* [2005] ECR II-143, para. 82.

⁵¹ See for example *Philip Morris Case*, *op. cit.*, para. 11; Case C-53/00, *Ferring* [2001] ECR I-9067, para. 21.

⁵² Case *Air Liquide Industries Belgium*, *op. cit.*, para. 35.

⁵³ Commission Regulation (EC) 1998/2006 on the application of Articles 87 and 88 of the Treaty to *de minimis* aid, *OJ* [2006], L 379/5.

⁵⁴ Regulation laying down detailed rules for the application of Article 107 TFEU, *OJ* [1999] L 83/1.

⁵⁵ Art. 2 Reg. (EC) 1998/2006.

⁵⁶ K. Bacon, *op. cit.*, p. 101.

⁵⁷ See *inter alia* Case C-382/99, *Netherlands v. Commission* [2002] ECR I-5163.

⁵⁸ Art. 2(2), second indent, Reg. (EC) 1998/2006. See for an interpretation of the comparable provisions contained in Regulation 69/2001 on *de minimis* aid (abrogated by Regulation 1998/2006), Joined Cases T-394/08, T-408/08, T-453/08 and T-454/08, *Regione autonoma della Sardegna e.a./Commission* [2011] nyr, paras 303-312.

Both the latter rule and the transparency requirement are likely to render it more difficult for a Member State to invoke the *de minimis* Regulation for aid schemes benefiting numerous undertakings through target group measures.

First, if the measure at stake is designed to boost employment of workers in the target group(s) (long-term unemployed, young workers, workers with a low level of education, migrant workers with a limited knowledge of the language spoken on the relevant territory, disabled workers, etc.) by granting a particular advantage to undertakings hiring them, it will be most often impossible to calculate precisely the gross grant equivalent of the aid *ex ante*. Indeed, the amounts of aid granted depend largely in such cases on how successful the incentives to employment will be for eligible undertakings. Second, even if such calculus is possible (for example when the contemplated measure seeks to enhance training skills of older workers in certain economic sectors), the threshold could be reached easily as a result of the application of the target group measure to middle-sized and large undertakings.

In such circumstances, the *de minimis* rule shall not apply, which means that, without prejudice of a possible application of the derogations under the General Block Exemption Regulation (see *infra*, III.1), the aid scheme has to be notified to the Commission.⁵⁹

2. EU coordination of employment policies/labour market regulation outside state aid discipline

If a measure or scheme is not covered by the provisions of the Treaties on State aid (for example a measure targeted at younger or older workers which is applicable to all undertakings within the framework of the applicable regulatory scheme, and is therefore not selective, or a scheme that does not reach the *de minimis* threshold), there is a presumption that fair competition is not distorted. As a result, the regulatory autonomy of the Member States (or Flanders within its sphere of competences) to develop their own employment policies and social security systems applies.⁶⁰

Nevertheless, action by the Member States in the field of employment (including target measures) receives EU guidance through the European Employment Strategy.⁶¹ Article 145 TFEU provides that Member States and the Union are to work towards developing a coordinated strategy for employment and particularly for promoting a skilled, trained and adaptable workforce and labour markets that are responsive to economic change with a view to achieving the objectives defined in Article 3 TEU, including economic growth, a highly competitive social market economy, a high level of social protection and justice, and economic, social and territorial cohesion among Member States.

The main instrument of coordination at EU level are the Union Guidelines on employment policies in the Member States.⁶² Among the recommendations that may be of interest to the Flemish lawmaker when giving effect to its new competences in the field of target group measures, we can first mention the combating of structural underemployment (guideline 7) by promoting:

⁵⁹ Art 108(3) TFEU.

⁶⁰ Case C-238/94, *Garcia and Others* [1996] ECR I-1673, para. 15

⁶¹ For an overview of the limits arising out of EU free movement and non-discrimination law, we refer to the third and fourth parts of this study.

⁶² See above, footnote 2. It has been recently proposed to maintain these guidelines for 2013 (see proposal for a Council Decision on guidelines for the employment policies of the Member States, Council Doc. 6509/13, 20 Feb. 2013).

- Active ageing, e.g. through target measures benefiting older workers;
- Gender equality, e.g. through work-life balance measures helping women with children to become or remain professionally active (household or nursery facilities);
- The integration in the labour market of young people, people with disabilities, legal migrants and other vulnerable groups.

The guidelines equally encourage the Member States to develop a skilled workforce responding to labour market needs and promoting lifelong learning (guideline 8) by promoting;

- Qualitative initial education and attractive vocational learning complemented with effective incentives for lifelong learning for those who are in and those who are not in employment, e.g. through measures aiming to overcome gender stereotypes, opportunities for second-chance learning (in particular for workers with low and obsolete skills and older workers) and targeted migration and integration policies;
- Improve access to training as well as strengthen education and career guidance in cooperation with social partners and firms.

The combating of social exclusion and poverty is also one of the core objectives reflected in the guidelines (guideline 10), especially through empowering people and promoting labour market participation for those furthest away from the labour market while preventing in-work poverty, as well as enhancing social protection systems, in particular among groups most at risk from social exclusion, such as one-parent families, minorities including the Roma, people with disabilities, children and young people, elderly women and men, legal migrants and the homeless.

In its country-specific recommendations addressed to Belgium on 6 July 2012,⁶³ the Council emphasizes the importance of several aspects that the Flemish lawmaker is encouraged to take into account when designing employment policies targeting certain categories of workers. First, Belgium is encouraged to foster working longer in order to address the issue of ageing and its threat for public finances⁶⁴. Second, the Council argues that, while Belgium has engaged in a wide reform of its unemployment benefit system, structural problems in the labour market persist and more could be done to tackle them: increasing the lifelong learning participation rate and pursuing the reforms in vocational education and training, in particular for older workers and disadvantaged groups, such as people with a migrant background⁶⁵; reducing the tax burden on labour, in order in particular to avoid unemployment traps at the bottom of the pay scale. As a consequence, the Council recommends Belgium (Flanders within its sphere of competences) to '[p]ursue the initiated reform of the unemployment benefit system to reduce disincentives to work and strengthen the focus of employment support and activation policies on *older workers* and *vulnerable groups*, in particular people with a migrant background. Take advantage of the planned further regionalization of labour market competencies to boost interregional labour mobility and to strengthen the coherence between education, lifelong learning, vocational training and employment policies. Extend existing activation efforts to all age groups'.⁶⁶

These guidelines are complemented by a series of communications of the Commission providing some guidance on policy priorities to achieve the objectives of higher employment and social inclusion in the EU. One of them is the communication on 'An Agenda for new skills and jobs: A European contribution towards

⁶³ See Council Recommendation on the National Reform Programme 2012 of Belgium and delivering a Council opinion on the Stability Programme of Belgium, 2012-2015, Council Doc. 11244/12, 6 July 2012.

⁶⁴ *Id.*, para. 11.

⁶⁵ *Id.*, para. 14.

⁶⁶ Recommendation n. 6.

full employment'.⁶⁷ This communication highlights, inter alia, the urgent need to pursue labour market reforms. The Commission points to the fact that young workers, workers in temporary work and migrant workers have suffered particularly from the financial crisis, which calls for targeted measures to compensate to prevent them from being excluded from labour markets in the longer term. The proposed measures to address this include, beyond a general reinforcement of the EU flexicurity programme, well-targeted and adapted training and work-experience programmes for the more vulnerable workers, particularly the low skilled unemployed, younger and older workers, disabled people, people with mental disorders, or minority groups such as migrants and the Roma. According to the Commission, specific priority should also be given to (1) the skills upgrading of older workers who are particularly vulnerable to economic restructuring, (2) re-skilling of parents returning to work after a period taking care of family dependants and (3) re-skilling of blue collar workers with a view to a transition towards green-collar jobs. Other policy documents from the Commission aim to address more specific issues of employment, such as the communication containing proposed action to be taken by the Member States and social partners, in order to address the different short-term and structural problems behind the youth employment crisis in the EU.⁶⁸ The latter communication provides an overview of measures adopted both by the federal government and by the regional governments in Belgium with a view to combating and preventing youth unemployment, including the Flemish 'Career Agreement' for 2012-2014,⁶⁹ the 'Work@telier' initiative targeted at long-term unemployed youth, and measures for work placement and traineeship to early school leavers.

As will be argued in chapter III below, these various soft law instruments and policy documents form a general framework on employment that can be used by the Commission when examining the compatibility of an aid with the internal market, especially outside the scope of application of the General Block Exemption Regulation.

⁶⁷ European Commission, 'An agenda for new skills and jobs', COM (2010) 682 final, 23 Nov. 2010.

⁶⁸ European Commission, 'Moving Youth into Employment', COM(2012) 727 final, 5 Dec. 2012.

⁶⁹ As of 2008, young jobseekers with low and medium skills are invited for a collective information session on career orientation possibilities, available vacancies, counseling trajectories, etc. This is followed by an individual dialogue with a personal counselor, no later than 4 months after registration as jobseeker. A similar procedure was implemented for young job seekers with a higher education degree since January 2009. As of January 1, 2013, the youth with no degree who did not manage to build up any significant work experience, is guided towards the existing vocational training, in-company training and/or apprenticeship schemes.

Chapter III. Exemptions for state aid schemes aiming to foster employment among target groups

Most State aid rules on employment and training are contained in the General Block Exemption Regulation (1.).⁷⁰ The special case of state aid granted for the rescuing and restructuring of firms in difficulty is examined subsequently (2.). Individual aid measures involving large amounts still require prior notification to the Commission. In the latter category of cases, it is useful to refer to the guidance papers that have been issued by the Commission, which set out the criteria followed by that institution to assess the compatibility of notified aid measures for disadvantaged and disabled workers and for training aid (3.). It should be noted from the outset that this study does not contain an analysis of the possible compatibility of State aid granted in compensation of services of general economic interest. We simply refer in that regard to the new *Altmark*-package recently adopted by the Commission.⁷¹

1. The General Block Exemption Regulation

The General Block Exemption Regulation (GBER), adopted by the Commission in 2008, integrates the previously existing block exemption Regulations and aims to give automatic approval for a broader range of state aid measures. The exemptions available under the Regulation entail an important procedural consequence: contemplated state aid measures that are covered by the Regulation need not be notified to the Commission in accordance with Article 107(3) TFEU. Moreover, they escape the principle of prohibition of state aid contained in Article 107(1) TFEU. The GBER pursues the objective of simplifying state aid policy for the Member States and of relieving the Commission (which bears primary responsibility for monitoring compliance with state aid policy) from the vast majority of often time-consuming assessments of rather small aid measures with relatively minor effects on competition and trade within the Union and to enable it to concentrate on the most important cases.⁷² We examine first the general conditions that have to be met for a measure to be eligible for exemption under the GBER (§1). We then turn to the various exemptions available that are of relevance in the context of target measures (§2).

§1. General conditions of eligibility under the GBER

The GBER exempts both aid schemes, including individual aid granted on the basis of aid schemes, and ad hoc aid granted outside any aid scheme.⁷³ Considering target measures in relation to employment

⁷⁰ Reg. (EC) N. 800/2008 of 6 August 2008 declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty, *OJ* [2008] L 214/3. It is to be noted that Belgium sought annulment of the previous Regulation N. 2204/2002 of 5 December 2002 on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid for employment. This action, however, was rejected as being unfounded. See Case 110/03, *Belgium v. Commission* [2005] ECR I-2801.

⁷¹ Commission Decision 2012/21/EU of 20 December 2011 on the application of Article 106(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest, *OJ* [2012] L 7/3.

⁷² See for a detailed analysis of the GBER, M. Heidenhain, *European State Aid Law: A Handbook* (Hart/CH Beck/Nomos, 2013).

⁷³ Art. 3 GBER. See generally, K. Deiberova, H. Nyssens, 'The new General Block Exemption Regulation (GBER): what changed?', *EStAL*, 2009, pp. 27-38; M. Berghofer, 'The General Block Exemption Regulation: A Giant on Feet of Clay', *EStAL*, 2009, pp. 323-336

policy are likely to arise in the context of aid schemes rather than ad hoc aid, we focus here only on the first category of exemptions.

In order to be exempted, aid schemes must fulfill all conditions of the common provisions of the GBER and the relevant provisions applicable for the different categories of aid under the GBER. They must contain an explicit reference to the latter, including its title and publication reference in the Official Journal of the EU.

Acceptable State Aid

Exemption under the GBER is available only to transparent aid.⁷⁴ The GBER mentions four categories of aid considered to be transparent: (1) aid comprised in grants and interest rate subsidies; (2) aid comprised in loans, where the gross grant equivalent has been calculated on the basis of the reference rate prevailing at the time of the grant; (3) aid comprised in guarantee schemes, provided certain conditions are met; (4) aid comprised in fiscal measures, where the measure provides for a cap ensuring that the applicable threshold is not exceeded. By contrast, aids comprised in capital injections and aid comprised in risk capital measures are in principle considered not to be transparent. Aid in the form of repayable advances shall be considered to be transparent aid only if the total amount of the repayable advance does not exceed the applicable thresholds under the GBER.

Several categories of aid are *excluded* altogether from the GBER, including:⁷⁵

- Aid to export-related activities and aid contingent upon the use of domestic over imported goods;⁷⁶
- Aid favouring activities in the primary production of agricultural products, except for training aid, aid in the form of risk capital, aid for research and development, environmental aid, and aid for disadvantaged and disabled workers;
- Aid favouring activities in the processing and marketing of agricultural products when the amount of the aid is fixed on the basis of price or quantity of such products purchased from primary producers or put on the market by the undertakings concerned or when the aid is conditional on being passed on to primary producers;
- Aid favouring activities in the fisheries and aquaculture sectors, except for training aid, aid in the form of risk capital, aid for research and development and innovation and aid for disadvantaged and disabled workers;
- Aid favouring activities in the coal sector with the exception of training aid, research and development and innovation aid and environmental aid;
- Regional aid favouring activities in the steel sector;
- Regional aid favouring activities in the shipbuilding sector;⁷⁷
- Regional aid favouring activities in the synthetic fibres sector;
- Ad hoc aid granted to large undertakings;
- Aid to undertakings in financial difficulties, such aid being assessed on the basis of the 2004 Rescue and Restructuring Guidelines.⁷⁸

⁷⁴ Art. 5 GBER.

⁷⁵ Art. 1 GBER.

⁷⁶ Protectionist measures or, more generally, measures entailing (in)direct discrimination on grounds of nationality are in principle prohibited by EU free movement principles (see *infra*, part III).

⁷⁷ See the Commission communication concerning the prolongation of the Framework on State aid to shipbuilding OJ [2006] C 260/7.

⁷⁸ Community guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty, OJ [2004] C 244/2.

There are also thresholds of individual aid beyond which the GBER ceases to apply. Any individual aid, whether granted ad hoc or on the basis of an aid scheme, the gross grant equivalent of which exceeds the following thresholds, has to be notified to the Commission individually.⁷⁹⁻⁸⁰

- Small and medium-size enterprises investment and employment aid: 7,5 million EUR per undertaking per investment project;
- Training aid: 2 million EUR per training project;
- Aid for the recruitment of disadvantaged workers: 5 million EUR per undertaking per year;
- Aid for the employment of disabled workers in the form of wage costs: 10 million EUR per undertaking per year;
- Aid compensating for additional costs of employing disabled workers: 10 million EUR per undertaking per year.

Any eligible costs for which aid is claimed must be supported by clear and itemized documentary evidence.⁸¹

Effective Incentive Requirement

An important evolution under the GBER, which reflects the Commission's more economic approach in competition law in general,⁸² is the reinforced condition of an incentive effect. This condition comes close to controlling the *effectiveness* of the contemplated aid scheme/measure, with various standards applicable depending on the type of beneficiary (SME or large undertaking). According to the Regulation's preamble, it is necessary to ensure that the aid is necessary and acts as an incentive to develop further activities or projects.⁸³ As a result, the GBER should *not* apply to aid for activities in which the beneficiary would already engage under market conditions alone, including recruitment. The GBER distinguishes however between aid to SMEs and aid to large enterprises.

As far as aid granted to SMEs is concerned, the incentive should be considered as being present when, before the activities relating to the implementation of the aided project or activities are initiated, the SME has submitted an application to the Member State (mechanism of prior authorization).⁸⁴ As regards aid granted to a large enterprise, the Member State should, in addition, also ensure that the beneficiary has examined, in an internal document, the viability of the aided project or activity with aid and without aid. The Member State should verify a priori that this internal document confirms a material increase in size or in scope of the project or activity, a material increase in the total amount spent by the beneficiary on the subsidized project or activity, or a material increase in the speed of completion of the project or activity concerned.⁸⁵

However, the GBER contains a more flexible regime concerning *disadvantaged or disabled workers*, including when the aid is granted to large undertakings.⁸⁶ In these cases, which are more particularly relevant for the present research, an incentive effect shall be considered to be present by the fact that the

⁷⁹ We remind the reader that this is without prejudice of *de minimis* aids (aids inferior to 200 000 EUR or 100 000 EUR on a reference period of 3 years), which escape the notification requirement and the prohibition of state aid under Article 107 TFEU (see above, chapter II.1.4).

⁸⁰ This enumeration concerns only those categories of exemption potentially relevant in the context of target group measures.

⁸¹ Art. 4(3) GBER.

⁸² M. Berghofer, *op. cit.*, p. 331.

⁸³ Preamble, recital 28. See Art. 8 GBER.

⁸⁴ Art. 8(2) GBER.

⁸⁵ Art. 8(3) GBER.

⁸⁶ On these categories of exemption, see *infra*, Chapter III.2.2. and III.2.3.

aid measure concerned leads to a net increase in the number of disadvantaged or disabled workers hired by the undertaking concerned or leads to additional costs in favour of facilities or equipment devoted to disabled workers.⁸⁷

Multiple advantages for various target groups at single undertakings: the issue of accumulation

Where clearly distinguishable eligible costs are concerned for each separate measure, aid measures that are exempted under the GBER can be cumulated without restriction.⁸⁸ By contrast, where eligible costs partly or fully overlap with aid exempted under the Regulation, with *de minimis* aid or with other funding of the EU in relation to the same eligible costs, accumulation is restricted up to the highest aid intensity or aid amount that is permissible under the GBER.⁸⁹ However, a specific accumulation rule is applicable in the case of aid in favour of *disabled workers*: such aid may be cumulated with aid exempted under the GBER in relation to the same eligible costs (for example, employment aid for investment projects in SMEs) above the highest applicable threshold under the GBER, provided that such accumulation does not result in an aid intensity exceeding 100% of the relevant costs over any period for which the workers concerned are employed.⁹⁰

Furthermore, the GBER clarifies that, in order to be considered an eligible cost for the purposes of the Regulation, *employment* directly created by an investment project (1) shall be created within three years of completion of the investment, (2) the investment project shall lead to a net increase in the number of employees in the establishment concerned, compared with the average over the 12 previous months, and (3) the employment created shall be maintained during a minimum period of five years in the case of large enterprises and a minimum of three years in the case of SMEs.⁹¹ In order to avoid distortions due to seasonal work, the Court had already made it clear under the previous regime of guidelines on aid to employment that, in order to determine whether there has been an increase in employment, the average number of annual working units for the year preceding recruitment should be compared with the average number of annual working units for the year following such recruitment.⁹²

Procedural Requirements

Finally, eligibility of exemptions under the GBER is made conditional upon certain reporting and monitoring obligations. Member States adopting an aid scheme or granting ad hoc aid pursuant to the GBER have to notify a summary of the measure concerned to the Commission within the twenty working days of its entry into force.⁹³ The summaries are then published by the Commission on the DG Comp website and in the Official Journal. These procedural requirements should enable the Commission to monitor how Member States apply the GBER.⁹⁴ The Commission is under a duty of monitoring regularly the aid measures of which it has been informed in implementation of the GBER.

§2. Categories of exemptions relevant in the context of target group measures

We can now turn to the analysis of the various aid schemes covered by the GBER that are of relevance in the context of target group measures: SME investment and employment aid (2.1), aid for disadvantaged workers (2.2), aid for disabled workers (2.3), training aid (2.4) and aid for the loan of highly qualified

⁸⁷ Art. 8(4) and (5) GBER.

⁸⁸ Art. 7(2) GBER.

⁸⁹ Art. 7(3) GBER.

⁹⁰ Art. 7(4) GBER.

⁹¹ Art. 12(3) GBER.

⁹² Case C-415/07, *Lodato Gennaro & C. Spa* [2009] ECR I-2599.

⁹³ Art. 9(1) GBER.

⁹⁴ K. Deiberova, H. Nyssens, *op. cit.*, p. 32.

personnel (2.5). In light of that overview, it will become clear that measures aimed to foster employment adopted by the Member States are subject to a largely specific regime in EU state aid law, reflecting the strategic importance of high-employment levels to delivering economic, social and territorial cohesion, and therefore reach out to the objectives of the Europe 2020 Strategy.

This paper does not contain a detailed analysis of regional investment and employment aid within the meaning of Article 107(3)(c) TFEU.⁹⁵ While covered by the GBER,⁹⁶ these categories of aid are subject to specific rules. Moreover, where regional aid is granted for the purpose of job creation, the aid ought not necessarily be targeted at certain categories of workers only. The GBER contains some provisions on regional and employment aid, applicable to aid granted in regions eligible for regional aid, as determined in the approved regional map for the Member State concerned for the period 2007-2013. Certain areas in Flanders are eligible under the regional aid map for Belgium 2007-2013, for gross grant equivalents not exceeding 10% or 15% depending on the zone concerned.⁹⁷ Where the aid is calculated on the basis of the wage costs, the employment shall be directly created by the investment project in the assisted area.⁹⁸ Regional aid also covers aid for small enterprises newly created in the areas eligible under the regional map, including for compensation of wage costs.⁹⁹

2.1. SME investment and employment aid

Over 99% of businesses in the EU are SMEs, which provide two-thirds of all private sector jobs, pointing to the importance of paying due attention to the needs of SMEs in the design of employment-relevant legislation.¹⁰⁰ Consequently, as is the case for regional investment and employment aid, the GBER provides for the possibility to be exempted for *aid compensating for wage costs resulting from job creation in SMEs*.¹⁰¹ Annex I of the GBER contains a detailed definition of SMEs.

The GBER allows investment aid to SMEs irrespective of the location in or outside an assisted area up to 20% of the eligible costs for small enterprises and up to 10% of the eligible costs for middle-sized enterprises. Among the eligible costs are the estimated wage costs of employment directly created by the investment project, calculated over a period of two years.

The importance of exemptions for SMEs is illustrated by two recent judgments of the Court of Justice regarding a reduction of social security contributions granted by Italy to undertakings established in Venice and Chioggia.¹⁰² In its decision, eventually confirmed by EU courts, the Commission considered that exoneration intended to net job creation in SMEs was compatible with the internal market. If benefitting to undertakings that were not SMEs, these aids were found to be compatible only if granted in areas in economic difficulty or if benefiting workers faced difficulties of insertion or reinsertion on the labour market.

⁹⁵ According to that provision, “aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest”, can be declared compatible with the internal market by the Commission.

⁹⁶ Art. 13 GBER.

⁹⁷ European Commission, State aid N 745/2006 – Belgium – Regional aid map 2007-2013, 21 Feb. 2007. The areas covered include a series of municipalities in zones BE2-1 (West-Vlaamse cluster), BE2-4 (Herstape/Tongeren), BE2-5 (Limburgse cluster), BE2-2 (Wervik), BE2-3 (Ronse), BE2-6 (Kempense Cluster).

⁹⁸ Art. 13(8) GBER.

⁹⁹ Art. 14 GBER.

¹⁰⁰ COM(2010) 682 final, op. cit., p. 17.

¹⁰¹ Art. 15 GBER.

¹⁰² Joined Cases C-71/09 P, C-73/09 P, C-76/09 P, *Comitato “Venezia vuole vivere” e.a./Commission* [2011] nyr; Case C-302/09, *Commission v. Italy* [2011] nyr.

2.2. Aid for disadvantaged workers

An important principle here is reflected in the Regulation's preamble, which highlights the delicate balance to be found between fostering employment levels for disadvantaged categories of workers and maintaining fair competition on the market:

'(64) [c]ertain categories of disabled or disadvantaged workers still experience particular difficulty in entering the labour market. For this reason there is a justification for public authorities to apply measures providing incentives to undertakings to increase their levels of employment, in particular of workers from these disadvantaged categories. Employment costs form part of the normal operating costs of any undertaking. It is therefore particularly important that aid for the employment of disabled and disadvantaged workers should have a positive effect on employment levels of those categories of workers and should not merely enable undertakings to reduce costs which they would otherwise have to bear. Consequently, such aid should be exempt from prior notification when it is likely to assist those categories of workers in re-entering the job market or, as regards disabled workers, re-entering and staying in the job market.'

The GBER includes substantially increased social aid possibilities when compared with the previous regime. Article 2(18) GBER contains a broad definition of 'disadvantaged workers'. Those are any person who:

- has not been in regular paid employment for the previous 6 months;¹⁰³ or
- has not attained an upper secondary educational or vocational qualification (low-skilled workers); or
- is over the age of 50 years (older workers); or
- lives as a single adult with one or more dependents (single parent households); or
- works in a sector or profession in a Member State where the gender imbalance is at least 25% higher than the average gender imbalance across all economic sectors in that Member State, and belongs to that underrepresented gender group; or
- is a member of an ethnic minority within a Member State and who requires development of his or her linguistic, vocational training or work experience profile to enhance prospects of gaining access to stable employment.

Several categories of disadvantaged workers, such as unemployed persons younger than 25 years old or addicts, which were previously mentioned explicitly in the formerly applicable Regulation 2204/2002, are likely to be included in the larger categories created under the GBER.¹⁰⁴

The eligible costs are wage costs over a maximum period of 12 months following recruitment.¹⁰⁵ However, where the worker concerned is a severely disadvantaged worker, eligible costs shall be the wage costs over a maximum period of 24 months. The aid intensity shall not exceed 50% of the eligible cost (the wage costs in this case).

¹⁰³ Persons who have been unemployed for 24 months or more are described as 'severely disadvantaged workers'.

¹⁰⁴ Deiberova and Nyssens (*op. cit.*, p. 37) emphasize the importance in that respect of the broadly defined category of 'persons who have not been in regular paid employment for the previous six months.'

¹⁰⁵ Art. 40 GBER.

Where recruitment does not represent a net increase, compared with the average over the previous twelve months, in the number of employees in the undertaking concerned, the post or posts must have fallen vacant following voluntary departure, disability, retirement on grounds of age, voluntary reduction of working time or lawful dismissal for misconduct and not as a result of redundancy.

Except in the case of lawful dismissal for misconduct, the disadvantaged worker shall be entitled to continuous employment for a minimum period consistent with the national legislation concerned or any collective agreements governing employment contracts. If the period of employment is shorter than 12 months or, as the case may be 24 months, the aid shall be reduced pro rata accordingly.

One novelty under the GBER is that, for the first time, child care and parent care costs can be subsidized as well. According to article 2(15) GBER, such costs can be considered as 'wage costs' that are taken into consideration for the calculation of the total amount of the aid.

It is still to be noted that, according to settled case law, the Commission enjoys a wide discretion for the purposes of applying Article 107(3) TFEU, the exercise of which involves assessments of an economic and social nature. As a result, EU courts, when reviewing whether that freedom was lawfully exercised, cannot substitute their own assessment for that of the Commission but must restrict themselves to examining whether that authority's assessment is vitiated by a manifest error or misuse of powers.¹⁰⁶ The Court of Justice has already decided that the Commission commits no manifest error of assessment when it decides that an aid scheme is not eligible for exemption because, despite requirements of a minimum investment and creation of a minimum number of jobs, the basis for the aid 'is not the size of the investment, the number of jobs created or the corresponding wage costs, but taxable income'.¹⁰⁷

2.3. Aid for disabled workers

According to the GBER, disabled workers are any person:

- recognized as disabled under national law; or
- having a recognized limitation which results from physical, mental or psychological impairment.¹⁰⁸

The GBER includes increased aid possibilities in favour of disabled workers, with a maximum intensity of 75% of the wage costs resulting from their employment. By contrast with aid for employment of disadvantaged workers, eligible wage costs are not limited in time.

In addition, the GBER allows compensating, to the extent they constitute State aid, additional costs (such as special facilities for employees with wheelchairs, or information technology for visually impaired workers, costs of employing staff for time spent solely on the assistance of the disabled worker) incurred by companies when hiring disabled workers. The aid intensity potentially covers 100% of the investment in this case.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Case C-310/99, *Italy v. Commission* [2002] ECR I-2289, paras 45 and 46, and the case-law cited.

¹⁰⁷ Joined Cases T-30/01 to 32/01, and T-86/02 to 88/02, *Diputación Foral de Álava e.a./Commission* [2009] ECR II-2919, para. 225.

¹⁰⁸ Art. 2(20) GBER.

¹⁰⁹ Art. 42 GBER.

2.4. Training aid

The GBER exempts two categories of training. 'Specific training' relates to training involving tuition directly and principally applicable to the employee's present or future position in the undertaking and providing qualifications which are not or not only to a limited extent transferable to other undertakings or fields of work. 'General training' relates to training involving tuition which is not applicable only or principally to the employee's present or future position in the undertaking, but which provides qualifications that are largely transferable to other undertakings or fields of work.¹¹⁰

Training aid shall be compatible with the internal market and as a result, exempted from notification if it does not exceed 25% of the eligible costs for specific training and 60% of the eligible costs for general training. The aid intensity may be increased, up to 80%, of 10% of the training is given to disabled or disadvantaged workers, and by 10% if the aid is awarded to medium-sized enterprises and by 20% points if the aid is awarded to small enterprises.¹¹¹

The eligible costs include trainers' personnel costs, trainers' and trainees' travel expenses, including accommodation, other current expenses such as materials and supplies directly related to the project, depreciation of tools and equipment, to the extent that they are used exclusively for the training project, cost of guidance and counseling services with regard to the training project, and trainees' personnel costs and general indirect costs (administrative costs, rent, overheads) up to the amount of the total of the other eligible costs. As regards the trainees' personnel costs, only the hours during which the trainees actually participate in the training, after deduction of any productive hours, may be taken into account.

2.5 Aid for the loan of highly qualified personnel seconded from a research organization or a large enterprise to an SME

A last category of aid relevant for this study and benefitting an exemption under the GBER is aid for the loan of highly qualified personnel seconded from a research organization or a large enterprise to an SME.¹¹² The seconded personnel must not be replacing other personnel, but must be employed in a newly created function within the beneficiary undertaking and must have been employed for at least two years in the research organization or the large enterprise, which is sending the personnel on secondment. Furthermore, the seconded personnel must work on research and development and innovation activities within the SME receiving the aid.

The eligible costs shall be all personnel costs for borrowing and employing highly qualified personnel, including the costs of using a recruitment agency¹¹³ and of paying a mobility allowance for the secondment personnel. The aid intensity shall not exceed 50% of the eligible costs, for a maximum of 3 years per undertaking and per person borrowed.

¹¹⁰ Art. 38 GBER.

¹¹¹ Compensation may even reach 100% of training costs in the maritime transport sector.

¹¹² Art. 37 GBER.

¹¹³ The eligible cost here is a cost normally incurred by the undertaking, not the employee. This distinguishes this case from the ITC case on 'recruitment vouchers' cited at footnote 13 above.

2. Aid for the rescuing and restructuring of firms in difficulty

State aid measures aimed for the rescuing and restructuring of firms in difficulty can be of some relevance for the present study in that they potentially include compensation for costs incurred by the concerned firm(s) for redundancy benefits and/or early retirement pensions, as well as for restructuring schemes for training, counseling and practical help with finding alternative employment, assistance with relocation, and professional training and assistance for employees wishing to start new businesses.

Here, reference must be made to the 2004 Community guidelines on state aid for rescuing and restructuring firms in difficulty.¹¹⁴ These guidelines apply to firms in all sectors, except to those operating in the coal or steel sector, and without prejudice to specific rules relating to firms in difficulty in the sector concerned (for example in the aviation sector).¹¹⁵ In order for an aid scheme to be compatible with the common market, it is not sufficient that the required conditions be fulfilled in certain cases where the scheme could potentially be applied. It is necessary for the aid granted on the basis of that scheme to fulfill those conditions in all such cases.¹¹⁶

Restructuring plans normally entail reductions in or abandonment of the affected activities. Such retrenchments are often necessary in the interests of rationalisation and efficiency. Whatever the reason for them, such measures will generally lead to reductions in the company's workforce. Member States' labour legislation may comprise general social security schemes under which redundancy benefits and early retirement pensions are paid direct to redundant employees. Such schemes are not to be regarded as State aid falling within the scope of Article 107 TFEU. However, besides direct redundancy benefit and early retirement provision for employees, general social support schemes frequently provide for the government to cover the cost of benefits which the company grants to redundant workers and which go beyond its statutory or contractual obligations. Where such schemes are used to support restructuring in particular industries, they may well involve aid because of the selective way in which they are used. Moreover, the obligations a company itself bears under employment legislation or collective agreements with trade unions, to provide redundancy benefits and/or early retirement pensions are part of the normal costs of a business which a firm has to meet from its own resources. Accordingly, any contribution by the State to these costs must be counted as aid. This is true regardless of whether the payments are made direct to the firm or are administered through a government agency to the employees.

In accordance with the guidelines, the Commission has no a priori objection to such type of aid when it is granted to a firm in difficulty, namely a firm that is unable, whether through its own resources or with the funds it is able to obtain from its owners/shareholders or creditors, to stem losses which, without intervention by the public authorities, will almost certainly condemn it to going out of business in the short or medium term.¹¹⁷ The Commission takes the view that this tolerance is justified because such aid brings economic benefits above and beyond the interests of the firm concerned, facilitating structural change and reducing hardship for the workers concerned. Besides meeting the cost of redundancy payments and early retirement, aid is commonly provided in connection with a particular restructuring scheme for training,

¹¹⁴ OJ [2004] C 244/2. See for a critical analysis of the Guidelines, M. Schütte, 'Revising the Rescue and Restructuring Aid Guidelines for the Real Economy – A Practitioner's Wishlist', *EStAL*, 2012, pp. 813-819. See also N. Pesari, G. Mamdani, 'Latest Developments in the Rules on State Aid for the Rescue and Restructuring of Financial Institutions in Difficulty', *EStAL*, 2012, pp. 767-776.

¹¹⁵ Community guidelines on the rescuing and restructuring of firms in difficulty, *id.*, para. 18.

¹¹⁶ Joined Cases T-239/04 to T-323/04, *Italy v. Commission* [2007] ECR II-3265, para. 102.

¹¹⁷ Community guidelines, above at para. 96, paras 9 and 60 to 67.

counselling and practical help with finding alternative employment, assistance with relocation, and professional training and assistance for employees wishing to start new businesses. The Commission consistently takes a favourable view of such aid when it is granted to firms in difficulty.

These categories of social aid for the rescuing and restructuring of firms in difficulty must be clearly identified in the restructuring plan. To understand the rationale of this procedural requirement, it is necessary to refer to paragraph 38 of the guidelines: as a matter of principle, '[i]n order to ensure that the adverse effects on trading conditions are minimized as much as possible, so that the positive effects pursued outweigh the adverse ones, *compensatory measures* must be taken. Otherwise, the aid will be regarded as "contrary to the common interest" and therefore incompatible with the common market. The Commission will have regard to the objective of restoring the long-term viability in determining the adequacy of the compensatory measures'. However, aid consisting of social measures exclusively for the benefit of redundant employees – as identified in the restructuring plan – are disregarded for the purposes of determining the extent of the compensatory measures.

The Commission usually refuses to declare compatible State aid benefitting mainly the restructured undertaking itself rather than its employees. In the *Ford Genk* decision, for instance, the Commission refused training aid to cover the costs of training employees who would occupy a new function in the company following a restructuring, in the following terms:

'The company has no choice but to incur such training expenditure for the remaining workforce in order to replace the expertise that will be laid off. Consequently, the aid in question would simply subsidise the company's normal and indispensable restructuring costs, which would have been incurred anyway, even without aid. So this aid does not seem necessary and, in any event, it will not result in additional training.'¹¹⁸

In accordance with the guidelines, restructuring aid should be granted once only, in order to prevent firms from being unfairly assisted when they can only survive thanks to repeated State support.¹¹⁹

3. Alternatives to obtain recognition of the compatibility of notified State aid measures for disadvantaged and disabled workers and for training aid

As is apparent from the foregoing, a certain consistency exists between the objectives reflected in the various sources of exemption and the soft law instruments creating a coordination framework for the employment policies of the Member States.¹²⁰ Yet, it cannot be excluded that certain measures that qualify as state aid fall outside the scope of these exemptions while pursuing the objectives set out in these soft law instruments. In principle, employment and training aid that fall outside the GBER may be approved as being compatible with the internal market, in accordance with Articles 107(2) and (3) TFEU, provided they are duly notified to the Commission in accordance with the procedural requirements of Regulation n. 659/1999.¹²¹ It is therefore in order to fill in this gap that the Commission has adopted two communications which set out, on one hand, criteria for the compatibility analysis of state aid to disadvantaged and disabled

¹¹⁸ Decision 2006/938/EC *Ford Genk*, OJ [2006] L366/32, para. 29. See also Decision 97/239/EC, *Maribel bis/ter*, OJ [1997] L95/25, where the aid did not promote the creation of new jobs but rather benefitted firms that reduced their workforce.

¹¹⁹ *Id.*, para. 72.

¹²⁰ See above, Chapter II.2.

¹²¹ See above, footnote 35.

workers subject to individual notification,¹²² and on the other, criteria for the compatibility analysis of training state aid cases subject to individual notification.¹²³

Due to the limits of the present study, we focus only on the first communication, which is available for a very broad range of target measures (younger workers, older workers, long-term unemployed, low-schooled workers, migrant workers, etc.). It should only be observed that the methodology applicable to the communication on training is very comparable to that applicable for the assessment of aid to disadvantaged and disabled workers.

§1. Basic principles

The starting point of these guidelines is that unemployment and, in particular, structural unemployment, remains a significant problem in some parts of the EU, and that certain categories of workers still encounter difficulties in entering the labour market, because employers consider them to be less productive or have prejudices against them. In the Commission's view, State aid in the form of subsidies to wage costs, where wage costs means the total amount actually payable by the beneficiary of the aid in respect of the employment concerned (gross wage, before tax; compulsory contributions; child care and parent care costs) can provide additional incentives to undertakings to increase their levels of employment of disadvantaged (such as younger workers, older workers, long-term unemployed, etc.) and disabled workers.

The guidelines apply to State aid in the form of wage subsidies for disadvantaged workers, severely disadvantaged workers and disabled workers within the meaning of the GBER. Any individual measure, whether granted ad hoc or on the basis of a scheme, will be subject to the guidelines when the grant equivalent exceeds 5 million EUR per undertaking per year for the employment of disadvantaged workers and severely disadvantaged workers and 10 million EUR per undertaking per year for the employment of disabled workers.¹²⁴ Consequently, the guidelines are most relevant in the context of aid to large undertakings.

The Commission considers it to be socially desirable that all categories of workers are integrated in the labour market, if needed with the help of state aid measures: state aid may help disadvantaged and disabled workers not only to enter the labour market but also to stay in the labour market by covering extra costs resulting from their perceived or real lower productivity.¹²⁵

§2. Assessment of the adequacy of the measure

Accordingly, the Commission makes first an assessment of the *adequacy* of the measure to achieve these objectives of integration, by examining (1) the number and categories of workers concerned by the measure, (2) employment rates of the categories of workers concerned by the measures on the national and/or regional level and in the undertaking or undertakings concerned, (3) unemployment rates for the categories of workers concerned by the measure on the national and/or regional level, and (4) the particularly marginalized sub-groups within the broader categories of disabled and disadvantaged workers. Considering that state aid in the form of wage subsidies is not the only instrument available to Member

¹²² OJ [2009] C 188/6.

¹²³ OJ [2009] C 188/1.

¹²⁴ Guidelines on state aid to disadvantaged and disabled workers, *op. cit.*, para. 3

¹²⁵ *Id.*, para. 6.

States to encourage employment of disadvantaged and disabled workers, the Commission will take account in particular of any impact assessment of the proposed measure the Member State may have made. The measures concerned will be considered to constitute an appropriate instrument where the impact assessment concludes that the advantages of using a selective instrument (rather than horizontal measures) are established.¹²⁶

§3. Assessment of the effectiveness and necessity of the measure

The guidelines also provide for a control of the effectiveness of the measures as incentives for the targeted employers. State aid for the employment of disadvantaged and disabled workers must result in the aid beneficiary changing its behaviour so that the aid results in a net increase in the number of disadvantaged or disabled employees in the undertaking concerned. Newly recruited disadvantaged or disabled employees should only fill newly created posts or posts that have fallen vacant following voluntary departure, disability, retirement on grounds of age, voluntary reduction of working time or lawful dismissal for misconduct. Posts resulting from redundancy are not to be filled with subsidized disadvantaged or disabled workers. Thus State aid cannot be used to replace workers in respect of whom the undertaking no longer receives a subsidy and who have consequently been dismissed.¹²⁷

The Member States should also demonstrate to the Commission the existence of the incentive effect and the necessity of the aid. First, the beneficiary must have submitted an application for the aid before the categories of workers concerned by the measures were employed. Second, the Member State must demonstrate that the aid is paid in respect of a disadvantaged or disabled worker in an undertaking, where the recruitment would have not occurred without the aid.¹²⁸

Moreover, the Member State must demonstrate that the aid is kept to the minimum in order to achieve its objective. It should provide evidence that the aid amount does not exceed the net additional costs of employing workers who are not disadvantaged or disabled. In any case, the aid intensity can never exceed 50% of the eligible costs for disadvantaged workers and 75% of the eligible costs for disabled workers.¹²⁹

§4. Assessment of the negative/distortive effects of the measure

There may be some cases where, even if the aid is necessary and proportionate for a specific undertaking to increase the employment of categories of workers concerned by the measure, the aid may result in a change in the behavior of the beneficiary which significantly distorts competition by causing harm to competing undertakings not receiving the aid. In those cases, the Commission will conduct an analysis of the distortion of competition, taking into account the selectivity of the aid, its size, the repetition and duration of the aid, and the effect of the aid on the undertaking's costs.¹³⁰

In its analysis, the Commission will pay particular attention first to possible *substitution and displacement* effects. The substitution effect relates to the situation where jobs given to a certain category of workers

¹²⁶ *Id.*, paras 7-9.

¹²⁷ *Id.*, para. 10.

¹²⁸ *Id.*, para. 11. In its assessment of the effectiveness and necessity of the measure, the Commission takes into account, inter alia, internal documents of the aid beneficiary on employment costs in relation to the categories of workers concerned, existing or past wage subsidies applicable in the undertaking and the annual turnover of the categories of workers concerned by the measure.

¹²⁹ *Id.*, para. 13.

¹³⁰ *Id.*, paras 14 and ff.

simply replace jobs for other categories. The Commission is further attentive to *market entry and exit* in connection to state aid measures. In the Commission's view, it is particularly important that aid should have a positive effect on employment and should not merely enable undertakings to reduce costs which they would otherwise bear. For example, wage subsidies reduce the ongoing costs of production and thus would make entry more appealing and enable undertakings with otherwise poor commercial prospects to enter a market or introduce new products to the detriment of more efficient competitors. The availability of State aid may also affect an undertaking's decision to leave a market where it is already operating, by artificially enabling the beneficiary to stay in the market for longer.¹³¹ Potentially negative impact of the aid measures on investment, innovation and trade flows should also be duly considered.¹³²

§5. The balancing test

The final step in the assessment is an evaluation of the extent to which the positive effects of the aid outweigh its negative effects. This test enables the Commission to determine whether the aid measure strikes the right balance between positive aspects linked to the aid and its distortive effects on competition.¹³³

§6. Illustrations

Various types of employment and training aid have been approved recently by the Commission:¹³⁴

- Reductions in social security contributions or certain service sectors, provided that it promotes net job creation;¹³⁵
- Wage subsidies granted for foreign workers in Denmark;¹³⁶
- Aid, in the form of grants, loans, tax reductions, etc. for firms employing persons held in detention in Poland;¹³⁷
- Training designed to help a firm's workforce to adapt to structural or technological changes;¹³⁸
- Training for workers on a new production platform, provided that market forces alone would not have provided an incentive for the undertaking to fund the training.¹³⁹

Flanders has published information on various employment aid schemes in the *Official Journal* of the EU, including on the Executive order of 15 July 2005 concerning the recognition and funding of integration enterprises¹⁴⁰ and on the 'Employment premium 50+' scheme creating a subsidy for employers recruiting workers aged 50 or over.¹⁴¹ These schemes have not given rise to objections by the European Commission.

¹³¹ *Id.*, paras. 24-25.

¹³² *Id.*, paras 26-27.

¹³³ *Id.*, paras 28 and 29. See on this balancing test, K. Bacon, *op. cit.*, p. 206, and the illustrations cited.

¹³⁴ See K. Bacon, *ibid.*, p. 208. These illustrations concern cases decided before the adoption of the Community guidelines.

¹³⁵ Decision in Case N 581/2007, *Swedish employment aid scheme* [2007].

¹³⁶ Decision in Case N 383/2007, *Danish training aid for foreign workers* [2007].

¹³⁷ Decision in Case N 519/2007, *Polish scheme for firms employing persons held in detention* [2008].

¹³⁸ Decision in Case 2001/698/EC, *Sabena*, OJ [2001] L 249/21.

¹³⁹ Decision in Case C 35/200, *Training aid to Volvo Cars in Gent* [2008].

¹⁴⁰ Aid N. XE 19/05, OJ [2006] C 227/2.

¹⁴¹ Aid N. XE 18/06, OJ [2006] C 278/2. That information – which does not amount to formal notification to the Commission – was published in accordance with Article 10 of Regulation N. 2204/2002 of 12 December 2002 on the

Conclusion and Decision Tree

It results from all the foregoing that, whereas the specificity of employment policy and the need to increase employment rates among the most vulnerable categories of workers form integral part of EU State aid law and policy, various procedural and substantive constraints will bear on Flanders when the latter will exercise its new constitutional powers in the field of target group measures. The difficult task of the Commission in this context is to find the right balance between respect due to the regulatory autonomy of the Member States in the field of employment and insurance that this autonomy does not lead to harmful distortions of competition in the internal market. It should be observed, however, that the legal framework, made of a constellation of hard and soft law instruments outlined in this part of the study, has significantly evolved over the last years, clarifying the methodology that should be followed by each Member State envisaging to grant selective aid to undertakings with a view to create advantages for target groups of workers or job seekers.

On the substantive issue, the bottom line that can be inferred from the various instruments examined in this study is that, *insofar as the aid measures do effectively contribute to increasing employment rates/conditions among disadvantaged categories of workers, there is a high degree of likelihood that they can be deemed compatible with internal market law*. On the other hand, the various thresholds of aid examined above, in the context of the GBER or the various communications of the Commission, as well as the balancing test in the Guidelines establishing the criteria for the compatibility analysis of state aid to disadvantaged and disabled workers subject to individual notification, make it clear that tolerance *vis-à-vis* such aid schemes is limited by the need to avoid distortions of competition outweighing the social benefits of the aid. The decision-tree below gives an overview of the main questions that should be addressed during the process of policy-making to ensure compliance of target group measures with EU State aid discipline.

A first important observation however is that this navigation plane should be understood for what it is and not more, namely a schematic overview of the relevant instruments and principles examined in more detail in the main text. Reference should always be made to the specific developments proposed on each aspect in the corresponding sections of this study as well as to primary sources.

In addition, the scope and the limits of this study should be borne in mind. While its aim is to offer some guidance to the policy maker, it would be illusory to think that it can offer a clear-cut answer to every question related to EU state aid law that could possibly arise in the context of target-group measures. There are two main reasons for this necessary limitation.

First, due account should be taken of the fact that State aid law is complex and technical. As a consequence, it is simply impossible to cover all detailed rules governing this field. For instance, we touched upon the transparency requirement in the GBER on its surface only, even if a detailed examination of it would have certainly deserved a research of its own. Another illustration is the distinction between existing and new aid which, despite its importance in terms of procedure and control, was not addressed in this study.

Second, the concept of “target-group measure”, which is central here, potentially covers an extremely wide range of policies entailing advantages for the workers and/or the undertakings employing them. The correct legal solution to such important issues as the existence of a selective advantage, compliance with *de*

application of Article 87 and 88 of the EC Treaty to State aid for employment (replaced by the BGER). The publication of such summary information is still provided under the GBER (see Art. 9(1) GBER).

minimis thresholds or the possibility to escape notification under the GBER, necessarily depends on a close examination of each specific regime under consideration, in the light of the detailed rules contained in the applicable instruments.

With these two important caveats in mind, the following decision-tree is designed to provide practical assistance in the process of policy-making.

Decision-Tree

1. The first aspect that needs to be investigated by the policy-maker is *whether or not a contemplated scheme constitutes state aid*.

There are *four cumulative conditions* that have to be met to fall under the scope of EU state aid discipline:

- a. **First**, the measure has to entail an *advantage* for the undertaking(s) concerned:
 - i. This means first that measures entailing an advantage for the worker(s) only, are not covered;
 - ii. The form of the advantage does not matter (it can be positive, for instance in the form of wage subsidies, or negative, if it exempts the undertaking from a cost it should normally have born);
 - iii. The Court made it clear that '[t]he *social character of State assistance* is not sufficient to exclude it outright from being categorized as aid': this means in practice that the mere circumstance that an advantage is granted to certain undertakings for the purpose of reducing unemployment does not exonerate it from State aid discipline.
- b. **Second**, the measure has to be *selective*, which means that it creates an advantage exclusively for certain undertakings or sectors of economic activity, and not for undertakings or economic sectors which, in light of the objective pursued by the measure in question, are in a comparable legal and factual situation.
 - i. Definition of an 'undertaking' for the purposes of EU state aid law: an entity, regardless of its legal status or the way in which it is financed, which carries an economic activity, i.e. an activity consisting in offering goods or services on a given market.
 - ii. NB. On the basis of that definition, the ECJ accepted that *social profit organizations* escape State aid discipline insofar as (1) they do not seek to obtain business profit and (2) pursue an exclusively social function, except where they enter into competition with profit-making operators for the activities concerned. Regarding selectivity as such, there are two main criteria which usually produce it:
 - 1) *Sector-specific* selectivity: a measure that does only benefit certain undertakings (for example, SMEs or large undertakings, undertakings in difficulty, undertakings resulting from women entrepreneurship, etc.) or certain economic sectors (agriculture, industry, shipbuilding, textile, banking, etc.) are per se selective.

NB. No such selectivity results from the fact that an undertaking has to meet certain *objective, non-discriminatory and non-discretionary requirements* to

obtain the aid, even if that means that certain undertakings are excluded from the aid scheme. For instance: a measure is not selective only because aid to the employment of young workers is made conditional upon the fact that the beneficiary undertaking has not received more than certain thresholds of aid in the past years and that the younger worker has to be employed for a minimum period of time. NB2: The mere circumstance that certain undertakings or certain sectors *de facto* benefit more of a general scheme does not per se create selectivity. It is the regime as such which needs to be selective.

- 2) *Geographic* selectivity: In principle, a measure is selective if it is applicable to part of the territory only, even if it is not sector-specific selective. However, the ECJ made it clear in its recent case law that where an infra-State body enjoys a legal and factual status which makes it sufficiently autonomous in relation to the central government of a Member State, it is that body and not the central government which constitutes the geographical reference framework for EU state aid discipline. The autonomy has to be institutional, procedural, and economic. It is argued that, in the fields where it enjoys autonomous legislative powers, Flanders constitutes the geographical reference framework for the purpose of appraising the existence of a selective advantage. On that understanding, a social advantage that would be granted by Flanders to all undertakings within its territory (but not within the whole territory of Belgium) is not considered to be selective.

- c. **Third**, the advantage has to be granted *by the State and through State resources*: these two conditions are cumulative.

We have seen that the concept of “the State” has been defined broadly to cover all public undertakings and private undertakings over which the State (or Flanders) exercises a dominant influence, provided public authorities are involved in a way or another in the adoption of the aid measures, or to private undertakings established by the State to administer the aid.

The condition that aid should be granted through state resources is met in situations where aid is granted by a public undertaking or a private undertaking entrusted by the State (or Flanders) with the management of the aid, on condition that the financial burden of the aid ultimately rests with the State (or Flanders).

- d. **Fourth**, there needs to be a *distortion of competition and an effect on trade*. The most important element to be examined here is whether the aid (or the aid scheme) entails advantages below or above “*de minimis*” amounts established by the Commission in Regulation 1998/2006. In accordance with that Regulation, an aid/aid scheme need not be notified to the Commission if:

- i. It does not exceed 200 000 EUR per undertaking (or 100 000 EUR in the road transport sector) over a period of three years;
- ii. It complies with the ‘transparency requirement’ laid down in that Regulation, i.e. that it is possible to calculate precisely the gross grant equivalent of the aid *ex ante* without having to undertake a risk assessment.

2. If all these conditions are met, the following question that needs to be addressed is whether the new aid or aid scheme under consideration *has to be notified to the Commission* in accordance with Regulation n. 659/1999 *or not*, and whether the scheme can *enter into force immediately or only after the Commission has declared it to be compatible* with the internal market.
 - a. The first question to be answered here is whether the aid or the aid scheme is *covered by the General Block Exemption Regulation* (GBER). In the affirmative and if all conditions laid down by the Regulation are met, the aid or aid scheme need not be notified to the Commission and is automatically considered to be compatible with the internal market. Two categories of conditions have to be scrutinized.
 - i. On the one hand, the *general conditions of eligibility*:
 - 1) The aid or aid scheme has to be *transparent* (art. 5 GBER) and any eligible cost has to be supported by clear and itemized documentary evidence (Art. 4(3) GBER);
 - 2) The aid or aid scheme *cannot be covered by one of the exclusions* contained in the GBER (Art. 1 GBER);
 - 3) The *gross grant equivalent of any individual aid*, whether granted on an ad hoc basis or on the basis of an aid scheme, *cannot exceed certain caps* specific for each of the categories of aid covered by the GBER (employment aid to SMEs, training aid, aid for the recruitment of disadvantaged workers, for of wage costs, etc.);
 - 4) The aid is *necessary* to develop further activities or projects (Art. 8 GBER); in other terms, the policy-maker has to demonstrate, as far as recruitment of new workers is concerned, that such recruitment would not take place without the aid, i.e. in normal market conditions. That being so, the GBER provides a more flexible rule concerning aid for the recruitment of disadvantaged or disabled workers: here, there is a presumption that the condition of necessity is met insofar as the aid leads to a net increase in the number of disadvantaged or disabled workers employed by the undertaking under consideration;
 - 5) Regarding the *issue of accumulation*, where clearly distinguishable eligible costs are concerned for each separate measure, aid measures that are exempted under the GBER can be cumulated without restriction. By contrast, where eligible costs partly or fully overlap with aid exempted under the GBER, or with *de minimis* aid, or with other funding of the EU in relation to the same eligible costs, accumulation is restricted up to the highest aid intensity or aid amount that is permissible under the GBER (see point 3 *supra*) (Art. 7 GBER);
 - 6) Certain procedural requirements have to be met (notification of a summary of the aid or the aid scheme to the Commission, within 20 days of its entry into force; a reference to the GBER has to be made in the legal instrument of aid or aid schemes, etc.).

- ii. On the other hand, *conditions of eligibility specific to the various categories of aid* covered by the GBER (due to the limits of this study, regional investment and employment aid within the meaning of Art. 107(3)(c) TFEU is not covered by the analysis – see Art. 13 GBER):
- 1) *SME investment and employment aid* (Art. 15 GBER): among the eligible costs are the estimated wage costs of employment directly created by an investment project in an SME, calculated over a period of two years. The GBER allows aid up to 20 % of the eligible costs for small enterprises and up to 10 % for middle-sized enterprises.
 - 2) *Aid for the recruitment of disadvantaged workers* (Art. 2(18) and 40 GBER): very broad definition of the concept of ‘disadvantaged workers’, including inter alia persons who have not been in regular paid employment for the previous six months, persons who have not attained an upper secondary educational or vocational qualification, persons over the age of 50, etc. The eligible costs are wage costs over a maximum period of 12 months following recruitment (or 24 months in the case of a severely disadvantaged worker), possibly including child care and parental care costs. The aid intensity cannot exceed 50 % of these costs.
 - 3) *Aid for disabled workers* (Art. 2(20) and 42 GBER): very broad definition of ‘disabled worker’, relying on the definition of disability under national law. The eligible costs here are wage costs resulting from employment, including extra costs needed to adapt the working environment to the disabled. The maximum aid intensity accepted under the GBER is 75 % of the eligible costs
 - 4) *Training costs* (Art. 38 GBER): training aid is accepted as being compatible with the internal market if it does not exceed 25 % of the eligible costs for specific training and 60% of the eligible costs for general training. Higher caps are applicable in the case of training to disabled or disadvantaged workers or to workers employed in an SME.
 - 5) *Aid for the loan of highly qualified personnel seconded from a research organization or a large enterprise to an SME* (Art. 37 GBER): the eligible costs here are all personnel costs for borrowing and employing highly qualified personnel, including the costs of using a recruitment agency and of paying a mobility allowance for the secondment personnel. The aid intensity cannot exceed 50 % of the eligible costs, for a maximum of 3 years per undertaking and per person borrowed.
- b. Distinct rules are applicable in the case of aid granted to *firms in difficulty*. Reference should be made here to the 2004 Community guidelines on state aid for rescuing and restructuring firms in difficulty, which do not exempt from notification but rather provide some guidance to the Member States as to what should be considered as aid compatible with the internal market in these circumstances. This instrument covers inter alia aid granted in compensation for costs incurred by the concerned firm(s) for redundancy benefits and/or early retirement pensions, as well as for restructuring schemes for training, counseling and practical help with finding

alternative employment afforded to their employees, as well as assistance with relocation and professional training and assistance for employees wishing to start new businesses.

- i. *Basic principle*: No *a priori* objection to such aid insofar as it is granted to a firm in difficulty in the meaning of the Guidelines (paras 9, 60-67 and 90);
 - ii. These categories of social aid have to be clearly identified in the restructuring plan because they are not taken into account in the calculation of compensation due by the firm benefiting from the aid;
 - iii. Aid can be granted only once in order to prevent firms from being unfairly assisted when they can only survive thanks to repeated State support (para. 72 Guidelines).
- c. If a new aid or aid scheme is *not covered by the GBER and lies outside the scope of the Community guidelines on aid to firms in difficulty*, it has to be notified to the Commission in accordance with Regulation n. 659/1999. As far as target group measures are concerned, however, such aid can be declared compatible with the internal market by the Commission. Reference should be made in the process of policy-making to two communications of the Commission providing guidance to the Member States regarding *state aid for disadvantaged and disabled workers* on the one hand and *training state aid* on the other hand. We focused on the first category.
- i. The most important eligible costs covered are *wage costs*, i.e. the total amount actually payable by the beneficiary of the aid in respect of the employment concerned (gross wage, before tax; compulsory contributions; child care and parental care costs);
 - ii. The *basic principle* here is that there is a *positive a priori* towards such aid as it allegedly increases employment levels of categories of workers encountering difficulties to find a stable employment;
 - iii. The *adequacy of the aid or aid scheme* needs to be assessed: an impact assessment should be conducted by the State in order to demonstrate not only that the instrument is likely to encourage the employment of disadvantaged or disabled workers but also that there are advantages for choosing a selective instrument rather than a horizontal one (potentially covering all categories of undertakings);
 - iv. An *assessment of the effectiveness of the aid or aid scheme* has to be conducted: it should be demonstrated that undertakings benefiting the aid will be incentivized to change their behaviour by increasing the net number of disadvantaged or disabled workers employed by them and that the newly recruited workers do not fill posts that have fallen vacant following redundancy.
 - v. A *proportionality test* should be conducted in order to make sure that the aid does not go beyond the minimum necessary and, in any case, does not go beyond 50% of the eligible costs in the case of disadvantaged workers and 75% in the case of disabled workers.
 - vi. Finally, a *balancing test* has to be conducted by the policy-maker, in order to verify that the positive effects of the aid or aid scheme in terms of increased employment for the

disadvantaged or disabled categories of workers covered by the contemplated measure, available to certain categories of employers only, are not outweighed by their negative, distortive effects on the market.

DEEL II: DOELGROEPENMAATREGELEN EN HET EU NON-DISCRIMINATIERECHT

INLEIDING EN STRUCTUUR

Elke doelgroepenmaatregel vertrekt per definitie van een bepaalde doelgroep. Dat brengt de maatregel meteen in de slipstroom van het non-discriminatierecht. De essentie van non-discriminatie is dat wetgever of overheid geen arbitraire onderscheiden mogen maken. Sommige onderscheiden zijn per definitie verboden en dus als arbitrair te beschouwen. Zij mogen gewoon niet gebruikt worden als criterium in de afbakening van doelgroepen en doelgroepenmaatregelen. Andere mogen voorwaardelijk worden gebruikt, mits zij dus maar een redelijke rechtvaardiging kunnen krijgen.

De essentie van het snijpunt tussen doelgroepenmaatregelen en het non-discriminatierecht is aldus het vraagstuk van de *rechtvaardiging* van de gemaakte keuzes in het afbakenen en bevoordelen van sommige doelgroepen op de arbeidsmarkt ten aanzien van andere en ten aanzien van hun werkgevers. Op deze fundamentele vraag moet dit rapport ingaan vanuit het gevraagde perspectief van het *EU recht van non-discriminatie*. Alvorens daarop in te gaan, moet daarom eerst onderzocht worden hoe en wanneer het EU recht van non-discriminatie van toepassing kan zijn op doelgroepenmaatregelen.

In wat volgt, wordt dus eerst kort ingegaan op het toepassingsgebied van het Europese non-discriminatierecht (Hoofdstuk I) en op de essentiële begrippen die bij de discriminatietoets in het EU-recht aan de orde zijn (Hoofdstuk II). Vervolgens wordt breder en uitvoeriger geschreven over de kernvraag van rechtvaardiging bij de belangrijkste casusopties die zich op het snijvlak van doelgroepen en discriminatierecht bevinden (Hoofdstuk III). We sluiten af met een kort overzicht van het referentiekader voor rechtvaardiging bij de bestaande doelgroepenmaatregelen (Hoofdstuk IV).

We benadrukken dat hieronder vooral structurerend en samenvattend wordt geschreven. In essentie zijn de toepassingsvraag en de rechtvaardigingsvraag telkens vragen die *in concreto*, voor elk apart geval, moeten beoordeeld worden. Zonder uitsluitel te kunnen geven, zal de navolgende analyse wel een houvast en een referentiekader daarvoor bieden.

Hoofdstuk I: De werkingssfeer van het Europese non-discriminatierecht

1. Versplinterde bronnen van het Europese non-discriminatierecht

Het Europese non-discriminatierecht is niet in één algemene rechtsbron terug te vinden: het ligt verspreid over verschillende bepalingen in verschillende rechtsbronnen. Zo zijn er in het **Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie** (VWEU)¹⁴² meerdere artikelen terug te vinden die telkens een element van het discriminatieverbod bevatten. In de context van doelgroepenmaatregelen kunnen we daarbij vooreerst denken aan het verbod van discriminatie op grond van (EU-)nationaliteit, vastgelegd in artikel 18 VWEU en (o.a.) verder gespecificeerd in de artikelen 45, 49 en 56 VWEU respectievelijk voor wat betreft het vrij verkeer van werknemers, de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten¹⁴³. Daarnaast beschrijft artikel 19 VWEU het Europese engagement om discriminatie op grond van ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid te bestrijden en vereist artikel 157 VWEU dat mannen en vrouwen gelijk worden beloond voor gelijke arbeid.

Deze verdragsbepalingen werden daarnaast nog uitgewerkt en verder aangevuld in verschillende **richtlijnen en verordeningen**. Het verbod van nationaliteitsdiscriminatie inzake vrij verkeer van werknemers (art. 45 VWEU) werd verder geconcretiseerd in verordening 492/2011¹⁴⁴. De Kaderrichtlijn¹⁴⁵ die een algemeen kader voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid in arbeid en beroep instelt, en de Rasrichtlijn¹⁴⁶ die het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming regelt, vormen op hun beurt de uitvoering van artikel 19 VWEU. Wat betreft gelijkheid op grond van geslacht (art. 157 VWEU) heeft Richtlijn 2006/54/EG¹⁴⁷ verschillende richtlijnen samengevoegd om zodoende één algemeen kader te scheppen betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep.

Voorts bevat het **Handvest van de grondrechten van de Europese Unie** eveneens een aantal bepalingen inzake gelijkheid en non-discriminatie. Daarbij is vooral artikel 20 van belang, hetgeen stelt dat eenieder gelijk is voor de wet. Dit artikel is in principe een loutere codificatie van vaste rechtspraak van het Europees Hof van Justitie¹⁴⁸, waarbij het Hof stelt dat het gelijkheidsbeginsel een algemeen beginsel van Unierecht betreft¹⁴⁹. De artikelen 21 en 23 van het Handvest vormen een meer concrete invulling van dit algemeen gelijkheidsbeginsel. Daar waar artikel 21 discriminatie op tal van gronden

¹⁴² Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PB* C. 115/1 van 9 mei 2008.

¹⁴³ Het Hof heeft er meermaals op gewezen dat artikel 18 VWEU maar van toepassing is wanneer er geen specifieke bepaling aan zet is. Zie onder meer: HvJ C-179/90, *Merici convenzionali porto di Genova*, *Jur.* 1991, I, 5889, § 11; HvJ C-18/93, *Corsica Ferries*, *Jur.* 1994, I, 01783, §18-19.

¹⁴⁴ Verordening nr. 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie, *PB* L. 141/1 van 27 mei 2011.

¹⁴⁵ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PB* L. 303, 2 december 2000.

¹⁴⁶ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het algemeen beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PB* L. 180, 19 juli 2000.

¹⁴⁷ Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, *PB* L. 204, 26 juli 2006.

¹⁴⁸ Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten, *PB* C. 303, 14 december 2007, 24.

¹⁴⁹ Zie HvJ C-117/76, *Ruckdeschel*, *Jur.* 1977, 1753, § 7; HvJ C-203/86, *Spanje/Commissie*, *Jur.* 1988, 4563, § 25; HvJ C-15/95, *EARL*, *Jur.* 1997, 1961, § 35; HvJ C-292/97, *Karlsson*, *Jur.* 2000, 2737, § 39.

verbiedt¹⁵⁰, bevestigt artikel 23 nogmaals de gelijkheid tussen mannen en vrouwen en de mogelijkheid om daarbij maatregelen van positieve actie te nemen.

Een belangrijke beperking wat betreft de werkingssfeer van het Handvest ligt vervat in artikel 51, dat stelt dat de bepalingen van het handvest enkel gericht zijn tot de instellingen van de Unie en tot de lidstaten wanneer zij het Unierecht uitvoeren. Het Handvest kent dus geen zelfstandige rechten toe maar beschermt EU-burgers met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel tegen schending van hun grondrechten door maatregelen van de Europese Unie of haar instellingen of door maatregelen van de lidstaten die EU-recht uitvoeren¹⁵¹. Al is het niet geheel duidelijk wanneer er sprake is van 'uitvoering van Unierecht'¹⁵², zeker is dat wat betreft doelgroepenmaatregelen, en meer algemeen werkgelegenheidsbeleid, er wellicht voldoende aanknopingspunten met het Unierecht voorhanden zijn¹⁵³. De kans dat doelgroepenbeleid als een uitvoering of implementatie van Unierecht wordt aanschouwd – in het bijzonder van de al voormelde Europese Werkgelegenheidsstrategie – is dus reëel.

Tot slot kan er op gewezen worden dat het Hof van Justitie enkele principes inzake gelijkheid en non-discriminatie tot **algemene beginselen van Unierecht** heeft verheven. Wat eenieders gelijkheid voor de wet betreft, werd hierboven gesteld dat het Hof dit reeds lange tijd als een fundamenteel beginsel van Unierecht beschouwt. Door de opname van dit beginsel in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (art. 20), kreeg dit beginsel daarenboven een stevigere basis mee. Daarnaast heeft het Hof in meerdere arresten ook het verbod op geslachtsdiscriminatie aangemerkt als een fundamenteel mensenrecht dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van Unierecht¹⁵⁴. Tenslotte bevestigde het Hof in de arresten *Mangold*¹⁵⁵ en *Kücükdeveci*¹⁵⁶ dat het verbod op leeftijdsdiscriminatie eveneens een algemeen beginsel van Unierecht is en dat de Kaderrichtlijn¹⁵⁷ de concretisering van dit algemeen beginsel uitmaakt. In sommige arresten gaat het Hof ook zo ver om een algemeen gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van Unierecht te poneren.¹⁵⁸

2. Materiële en personele werkingssfeer van het EU non-discriminatierecht

Het Europees non-discriminatierecht kan alleen maar gelden binnen de grenzen van de bevoegdheden die de lidstaten hebben afgestaan aan de Unie¹⁵⁹. Onder meer de artikelen 151 en 153 VWEU tonen aan dat het domein 'arbeid en beroep' duidelijk tot de bevoegdheid van de Europese Unie behoort. Bovendien blijkt uit de verschillende Europese antidiscriminatiebepalingen dat het vooral inzake arbeid en beroep is dat de discriminatieverboden zich manifesteren¹⁶⁰. Bijgevolg kan

¹⁵⁰ Het gaat in artikel 21, lid 1 om geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuigingen, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. Artikel 21, lid 2 omvat het verbod van nationaliteitsdiscriminatie.

¹⁵¹ B. De Wolf, "Arbeidsrechtelijke dimensies van het Verdrag van Lissabon", *TSR* 2011 nr.3, 308.

¹⁵² Een mededeling van de Commissie tracht hieromtrent meer duidelijkheid te scheppen: Mededeling van de Commissie. Strategie voor een doeltreffende tenuitvoerlegging van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, COM(2010) 573, p. 11, voetnoot 21. Ook de toelichtingen bij het handvest doen een poging hiertoe: Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten, *PB C* 303, 14 december 2007, 32.

¹⁵³ Enkele voorbeelden: artikel 4, lid 2, b) VWEU; artikel 5, lid 2 VWEU; de werkgelegenheidsrichtsnoeren (zie: Besluit 2010/707/EU); artikel 3, 3 Verdrag betreffende de Europese Unie

¹⁵⁴ HvJ C-43/75, *Defrenne*, *Jur.* 1976, 445, § 12; HvJ C-149/77, *Defrenne*, *Jur.* 1978, 1365, § 26-27; HvJ C-75/82 en C-117/82, *Razzouk en Beydoun*, *Jur.* 1984, 1509, § 16; HvJ C-13/94, *P./S.*, *Jur.* 1996, I-2143, § 19; HvJ C-50/96, *Schröder*, *Jur.* 2000, I-743, § 56-57.

¹⁵⁵ HvJ 144/04, *Mangold*, *Jur.* 2005, I-10013, § 74-75.

¹⁵⁶ HvJ C-555/07, *Kücükdeveci*, *Jur.* 2010, I,365, § 21.

¹⁵⁷ Richtlijn 2000/78.

¹⁵⁸ Zie HvJ 117/76, *Ruckdeschel*, *Jur.* 1977, 1753, § 7; HvJ C-203/86, *Spanje/Commissie*, *Jur.* 1988, 4563, § 25; HvJ C-15/95, *EARL*, *Jur.* 1997, 1961, § 35; HvJ 292/97, *Karlsson*, *Jur.* 2000, 2737, § 39.

¹⁵⁹ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX, J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 52.

¹⁶⁰ Zie: Kaderrichtlijn, Rasrichtlijn, Richtlijn betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, artikel 157 VWEU, ...

met vrij grote zekerheid worden vooropgesteld dat doelgroepenmaatregelen in principe onder de materiële werkingssfeer van het Europees non-discriminatierecht zullen sorteren.

Dit is in het bijzonder zo omdat de doelgroepenmaatregelen gericht zijn op tewerkstelling en dus ingrijpen op de omstandigheden en/of voorwaarden daarvan. Het is een vaste rechtspraak van het Hof van Justitie om, afgezien van eventuele bijzondere uitzonderingen, alle dimensies van de tewerkstellingsrelatie onder het materiële toepassingsgebied van het Unierecht voor non-discriminatie bij de arbeid te plaatsen. Het Hof maakt daarbij klassiek geen onderscheid naargelang de betrokken partij, de aard of de oorsprong van onderscheiden behandelingen. Zodra een maatregel in verband kan worden gebracht met de arbeidsrelatie zal die materieel en personeel onder de werkingssfeer van het Unierecht voor non-discriminatie bij de arbeid vallen.

Wat betreft het personeel toepassingsgebied, gelden de Europese discriminatieverboden inderdaad zowel voor de instellingen van de Unie als voor de lidstaten, hun overheden, bedrijven en de Unieburgers. Het Unierecht verplicht hen allen, onder andere in de sfeer van arbeid en beroep, hun onderdanen of medeburgers niet ongelijk te behandelen op basis van de criteria geslacht, ras of etnische afstamming, geloof of overtuiging, handicap, seksuele geaardheid en EU-nationaliteit¹⁶¹.

Tenslotte dient er inzake nationaliteitsdiscriminatie op gewezen te worden dat dit verbod zich ook situeert binnen het recht van de interne markt. Dit brengt met zich mee dat er een *grensoverschrijdend element* vereist is en dat het verbod niet geldt in geval van zuiver interne situaties van een lidstaat¹⁶². Ook vindt het verbod van nationaliteitsdiscriminatie geen toepassing op situaties waarin een EU-burger op grond van zijn nationaliteit discriminerend wordt behandeld ten opzichte van een 'derdelander'¹⁶³.

3. Doorwerking

Het Unierecht kan op verschillende manieren op eigen gezag nominatief uitwerking krijgen in de nationale rechtsordes. Zo kan het Unierecht rechtstreekse werking hebben, hetgeen impliceert dat particulieren zowel in verticale verhoudingen (relatie particulier – lidstaat) als in horizontale verhoudingen (tussen particulieren onderling) bij nationale instanties een beroep kunnen doen op Europese regels en eventueel daarmee strijdige interne bepalingen terzijde kunnen schuiven.

Bepalingen in verdragen en verordeningen evenals algemene beginselen hebben aldus rechtstreekse werking wanneer deze onvoorwaardelijk en voldoende precies geformuleerd zijn¹⁶⁴. Het Europees Hof heeft de verschillende bepalingen in het VWEU betreffende het verbod op nationaliteitsdiscriminatie (artikel 18, 45, 49 en 56) aangemerkt als bepalingen met rechtstreekse werking, zowel in horizontale als verticale verhoudingen¹⁶⁵. Hetzelfde geldt voor het beginsel van gelijke beloning, zoals geregeld in artikel 157 VWEU¹⁶⁶ en voor het verbod van leeftijdsdiscriminatie¹⁶⁷,

¹⁶¹ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX, J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 52.

¹⁶² HvJ C-36/82, *Morson en Jhanhjan*, Jur. 1982, 3723, § 17; HvJ C-175/78, *Saunders*, Jur. 1979, 1129, § 11; HvJ C-18/95, *Terhoeve*, Jur. 1999, I-345, § 26; HvJ 212/06, *Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse Regering t. Vlaamse Regering*, Jur. 2008, I-1683, § 38.

¹⁶³ HvJ C-22/08 en C-23/08, *Vatsouras en Koupatantze*, Jur. 2009, I, 04585, § 52.

¹⁶⁴ D.F. Berkhout, "Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen", *ArA* 2010, afl. 9, 71.

¹⁶⁵ Artikel 18 VWEU (algemeen verbod nationaliteitsdiscriminatie): HvJ C-26/62, *Van Gend & Loos*, Jur. 1963, § 25; Artikel 45 VWEU (vrij verkeer werknemers): HvJ C-167/73, *Commissie/Franse Republiek*, Jur. 1974, 360, § 35; HvJ C-36/74, *Walrave en Koch*, Jur. 1974, 1406, § 17; HvJ C-415/93, *Bosman*, Jur. 1995, § 145; Artikel 49 VWEU (vrijheid van vestiging): HvJ C-2/74, *Reyners/België*, Jur. 1974, 632, § 3-32; Artikel 56 VWEU (vrij verkeer van diensten): HvJ C-33/74, *Van Binsbergen*, Jur. 1974, 1300, § 18-27.

¹⁶⁶ HvJ C-43/75, *Defrenne*, Jur. 1976, 445, § 4.

¹⁶⁷ HvJ C-144/04, *Mangold*, Jur. 2005, I-10013, §. 74-75; HvJ C-555/07, *Kücükdeveci*, Jur. 2010, I, 365, § 21.

die algemene beginselen van Unierecht uitmaken (*cf. supra*). Wat het Handvest van de Grondrechten betreft, heeft dit door de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon¹⁶⁸ formele rechtskracht verworven¹⁶⁹. Daarenboven stelt artikel 6, lid 1 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) dat het Handvest dezelfde juridische waarde heeft als Verdragen waardoor het tot het primaire Unierecht behoort. De bepalingen van het handvest die onvoorwaardelijk en voldoende precies geformuleerd zijn, zoals wellicht de artikelen betreffende non-discriminatie, kunnen dus eveneens rechtstreekse werking hebben. Aangezien het Handvest enkel gericht is tot de Europese instellingen en de lidstaten wanneer zij EU-recht implementeren, kan er aan de bepalingen van het handvest wellicht geen horizontale rechtstreekse werking toegekend worden¹⁷⁰.

Richtlijnen hebben in beginsel geen rechtstreekse werking aangezien ze uitsluitend tot de lidstaten gericht zijn¹⁷¹. Zoals algemeen bekend, moet dit principe echter genuanceerd worden. Vooreerst is er wel degelijk een rechtstreekse verticale werking. Vervolgend dient de nationale rechter het nationale recht zo ver als mogelijk in het licht van de Europese richtlijnen te interpreteren. Daarnaast werd ook het principe van primauté van Unierecht en onrechtstreekse horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen door het Hof erkend¹⁷². Dit principe houdt in dat regels van nationaal recht die strijdig zijn met bepalingen van richtlijnen die voldoende duidelijk zijn, als niet geschreven moeten worden beschouwd. Deze voorrang geldt m.b.t. maatregelen die specifiek met het oog op de omzetting van de richtlijn zijn genomen, alsook op regels die de toepassing van de richtlijn in de interne rechtsorde bepalen¹⁷³.

4. Conclusie

De veelheid aan Europese non-discriminatiebepalingen, die daarenboven alle in het “algemeen gelijkheidsbeginsel” hun gemeenschappelijke bron vinden¹⁷⁴, samen met het gegeven dat de sfeer van arbeid en beroep een prominent werkveld van het Europese non-discriminatierecht vormt en dat een aantal Europese discriminatiegronden duidelijk rechtstreekse werking hebben, doet ons concluderen dat, wat betreft doelgroepenmaatregelen, men **heel snel in het vaarwater van het Europees non-discriminatierecht** zal terechtkomen. Bij het vaststellen van beleid inzake doelgroepenmaatregelen is het bijgevolg **onontbeerlijk om rekening te houden met dit Europees non-discriminatierecht**. Dat betekent dat de Vlaamse overheid of wetgever in eerste instantie moet vermijden keuzes te maken die discriminatoir kunnen zijn. In de mate dat discriminatoire keuzes zich desondanks opdringen, moet er over gewaakt worden dat zij alsnog – in geval van betwisting – kunnen gerechtvaardigd worden. Beide aspecten worden in de volgende hoofdstukken ontwikkeld.

¹⁶⁸ Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, ondertekend te Lissabon op 13 december 2007, *PB* C. 306/1 van 17 december 2007.

¹⁶⁹ B. DE WOLF, “Arbeidsrechtelijke dimensies van het Verdrag van Lissabon”, *TSR* 2011 nr.3, 307-308.

¹⁷⁰ D.F. BERKHOUT, “Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen”, *ArA* 2010, afl. 9, 81.

¹⁷¹ D.F. BERKHOUT, “Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen”, *ArA* 2010, afl. 9, 71.

¹⁷² HvJ 194/94, *CIA Security International*, *Jur.* 1996, I-2201, r.o. 55; HvJ C-443/98, *Unilver*, *Jur.* 2000, I, 7535, § 52.

¹⁷³ C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Gent, Larcier, 2004, 20.

¹⁷⁴ *Cf.* rechtspraak Hof van Justitie, nu gecodificeerd in artikel 20 Handvest van de grondrechten van de EU.

Hoofdstuk II: Algemene begrippen: de discriminatietoets

Het discriminatieonderzoek beslaat twee fasen: de discriminatietoets en de rechtvaardigingstoets. Bij de eerste fase, de discriminatietoets, wordt nagegaan of sprake is van een *prima facie* rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie. De toets verschilt (in theorie) naargelang het gaat om rechtstreekse dan wel onrechtstreekse discriminatie en daarbinnen vaak ook naargelang de discriminatiegrond (nationaliteit, geslacht, leeftijd, ...).

In wat volgt, wordt een *kort* overzicht gegeven van de componenten van de discriminatietoets. We houden vooral rekening met de beschermde criteria (discriminatiegronden) die voorkomen of mogelijks kunnen voorkomen in de bestaande typologie van doelgroepenmaatregelen. Het gaat hierbij meer bepaald om de criteria nationaliteit (onrechtstreeks), leeftijd (rechtstreeks) en geslacht (onrechtstreeks).

1. Rechtstreekse discriminatie

Er sprake van rechtstreekse discriminatie wanneer iemand op grond van een beschermd kenmerk ongunstiger behandeld wordt, is of zou worden behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie¹⁷⁵. Bij rechtstreekse discriminatie gaat het dus om 'zichtbare discriminatie'¹⁷⁶.

Om vast te stellen of er sprake is van rechtstreekse discriminatie, dient men dus drie elementen na te gaan: 1) is er sprake van een ongunstig behandelen in vergelijking met een actuele, historische of hypothetische referentiepersoon, 2) bevinden de klager en referentiepersoon zich in een vergelijkbare situatie wat betreft de aangeklaagde ongelijke behandeling en 3) is de ongelijke behandeling gebaseerd op een beschermd kenmerk (causaliteit).

Uit de rechtspraak van het Hof inzake rechtstreekse leeftijdsdiscriminatie blijkt echter dat het Hof zelden een volledig toetsingsmodel hanteert en meestal snel tot de conclusie komt dat wanneer een verboden criterium – *in casu* leeftijd – wordt gehanteerd voor de toepassing of de uitsluiting van een bepaalde sociale maatregel, het om een *prima facie* rechtstreekse discriminatie gaat¹⁷⁷. Dit is een relevante bedenking voor doelgroepenmaatregelen. Dergelijke maatregelen zijn immers van nature uit systemisch in hun gebruik van onderscheidingscriteria voor de afgebakende doelgroepen. Indien daarbij een verboden criterium zou worden gehanteerd, dreigt daarmee meteen ook de rechtstreekse discriminatie als quasi-verworven te moeten worden beschouwd.

De casus van rechtstreekse discriminatie is evenwel de uitzonderingshypothese. Hij vooronderstelt immers het open en systematische gebruik van een kenmerk dat verboden is door het toepasselijke Europese recht. Met uitzondering van leeftijd, zijn die verboden in beginsel ook bijna-absoluut (zie verder). Men mag er dus van uitgaan dat de overheid of regelgever de zorgvuldigheid zal hebben om geen uitdrukkelijk verboden criterium te hanteren. Niettemin moet wel nog gewezen worden op het risico dat – indien het voormelde algemeen non-discriminatiebeginsel ingang zou vinden in de rechtspraak – elk criterium van onderscheid per definitie verdacht zal zijn en een rechtvaardiging zal

¹⁷⁵ Artikel 2, 1, a) Richtlijn 2006/54/EG (geslacht), artikel 2, 2, a) Kaderrichtlijn (leeftijd en handicap).

¹⁷⁶ Het Hof spreekt hierover in het kader van nationaliteitsdiscriminatie. Zie onder meer: HvJ C-15/69, *Ugliola*, Jur. 1969, 363, § 6 (werknemers); HvJ C-3/88, *Commissie/Italië*, Jur. 1989, 4035, § 8 (vestiging); HvJ 33/74, *Van Binsbergen*, Jur. 1974, 1299 (diensten); HvJ C-237/94, *O'Flynn*, Jur. 1996, I, 2617, § 17.

¹⁷⁷ Zie vooral inzake leeftijdsdiscriminatie onder meer: HvJ C-144/04, *Mangold*, Jur. 2005, I, 10013, § 57; HvJ C-388/07, *Age Concern*, Jur. 2009 I, 01569, § 34; HvJ C-250/09, *Georgiev*, Jur. 2010, I, 11869, § 32; HvJ C-159/10, *Fuchs en Köhler*, voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 34.

vergen. Dat zal dan gebeuren via de techniek van het legitiem doel, die hieronder in de thans-courante beperking tot gevallen van onrechtstreekse discriminatie zal worden beschreven.

2. Onrechtstreekse discriminatie

§1. Algemeen

In de Kaderrichtlijn¹⁷⁸ (leeftijd) en in de Gender Richtlijn¹⁷⁹, evenals in de rechtspraak van het Hof met betrekking tot nationaliteitsdiscriminatie¹⁸⁰ wordt onrechtstreekse discriminatie omschreven als de situatie waarin “een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een beschermd kenmerk in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt”. Ook hier zijn er dus drie centrale elementen, namelijk de ogenschijnlijk neutrale bepaling, de benadeling en de vergelijkbaarheid.

De “ogenschijnlijk neutrale bepaling” doelt op elk criterium dat niet één van de uitdrukkelijk beschermde kenmerken in de verboden van rechtstreekse discriminatie is. De kern van elke claim van onrechtstreekse discriminatie is daarom de vraag in welke mate zo een criterium – dat ogenschijnlijk neutraal is omdat het niet uitdrukkelijk verboden is – alsnog niet neutraal is via de onrechtstreekse impact op de groep met een uitdrukkelijk beschermd kenmerk. De basisrichting van de rechtspraak ter zake is het vergemakkelijken van de noodzakelijke link tussen een neutraal criterium en een niet-neutrale impact.

Het Hof erkent relatief gemakkelijk een voldoende graad van onrechtstreekse impact op basis van de intrinsieke of potentiële effecten van het ogenschijnlijk-neutrale criterium, zonder dat daarvoor noodzakelijk omstandig statistisch bewijs nodig is. Het volstaat dat een criterium in voldoende mate intrinsiek kan benadelen, opdat onrechtstreekse discriminatie zou voorliggen. Bijvoorbeeld in de zaak *O’Flynn* verduidelijkte het Hof onrechtstreekse nationaliteitsdiscriminatie als volgt: “*Zo moeten als indirect discriminerend worden beschouwd de voorwaarden van nationaal recht die, hoewel zonder onderscheid naar nationaliteit van toepassing, hoofdzakelijk of in de meeste gevallen migrerende werknemers treffen, alsook de zonder onderscheid van toepassing zijnde voorwaarden waaraan nationale werknemers gemakkelijker kunnen voldoen dan migrerende werknemers of die in het bijzonder voor migrerende werknemers nadelig kunnen uitvallen.*”¹⁸¹

Deze flexibele benadering van de link tussen criterium en impact wordt niet in alle arresten van het Hof even systematisch aangehouden. Wanneer bijvoorbeeld de analyse wél gaat over de vraag of er voldoende daadwerkelijke negatieve impact is, zal het Hof bijvoorbeeld wel degelijk toezien op de waarde van het statistisch bewijs.¹⁸² Maar veiligheidshalve wordt best aangenomen dat onrechtstreekse discriminatie kan voorliggen zodra de eisende partij een potentiële intrinsieke impact kan argumenteren. Dat is zeer relevant voor doelgroepenmaatregelen, omdat die uit hun aard systemische onderscheiden tussen groepen hanteren. Voor dergelijke types van maatregelen kan de potentiële benadeling van een beschermde groep, die de basis vormt van een veronderstelde onrechtstreekse discriminatie, voor de hand liggen wegens de aard van de maatregel zelf. Hieronder wordt daarom stilgestaan bij enkele precedents rond maatregelen die uit hun aard of in hun criteria typerend kunnen zijn voor het type van onderscheiden dat bij doelgroepenmaatregelen wordt gemaakt.

¹⁷⁸ artikel 2, 2, b) Kaderrichtlijn

¹⁷⁹ Artikel 2, 1, b) Richtlijn 2006/54/EG

¹⁸⁰ HvJ C-15/69, *Ugliola*, Jur. 1969, 363, § 6 (werknemers); HvJ 3/88, *Commissie/Italië*, Jur. 1989, 4035, § 8 (vestiging); HvJ 33/74, *Van Binsbergen*, Jur. 1974, 1299 (diensten); HvJ C-237/94, *O’Flynn*, Jur. 1996, I, 2617, § 17.

¹⁸¹ HvJ C-237/94, *O’Flynn*, Jur. 1996, I, 2617, § 18.

¹⁸² *Ibid.*, § 62-64.

§2. Voorbeelden

Het Hof heeft in zijn rechtspraak o.a. van volgende neutrale voorwaarden vastgesteld dat ze naar hun aard migrerende werknemers eerder kunnen treffen dan nationale werknemers en dus een *prima facie* onrechtstreekse nationaliteitsdiscriminatie uitmaken. Vaak gaat het om criteria die als doel hebben een 'werkelijke band' met de lidstaat aan te tonen:

- *Woon-, werk- en verblijfplaatsvereiste*: wanneer een nationale regeling de toegang tot een bepaald beroep¹⁸³ of het in aanmerking komen voor een bepaalde uitkering¹⁸⁴ of een sociaal voordeel¹⁸⁵ koppelt aan een woonplaats-, werkplaats-, of verblijfplaatsvereiste dan betreft dat volgens het Hof een regeling die naar haar aard migrerende werknemers eerder kan treffen dan nationale werknemers. Hetzelfde geldt voor regelingen die impliciet een woonplaatsvereiste inhouden¹⁸⁶. Zo is er de zaak *Caves Krier Frères*¹⁸⁷ die specifiek over een doelgroepenmaatregel gaat. Als voorwaarde voor het verkrijgen van een aanstellingssubsidie voor een langdurig werkloze werd de inschrijving bij een nationaal arbeidsbemiddelingsbureau vooropgesteld. Om zich te kunnen inschrijven bij het arbeidsbemiddelingsbureau diende men in Luxemburg zijn woonplaats te hebben. Het Hof kwam daarbij tot de conclusie dat een dergelijk vereiste nadelig was voor gastarbeiders en migrerende werknemers.
- *Gebrek aan gelijkstelling met buitenlandse feiten en gebeurtenissen*: er worden vaak slechts rechtsgevolgen gegeven aan die feiten en gebeurtenissen die zich binnen de landsgrenzen voordoen. Het Hof heeft echter reeds meermaals gesteld dat dit een onrechtstreekse discriminatie kan uitmaken aangezien een dergelijk gebrek vooral buitenlandse en migrerende werknemers benadeelt. Een voorbeeld hiervan is het vereisen dat men in de ontvangende lidstaat onderwijs heeft gevolgd of een diploma heeft behaald. In een aantal Belgische zaken betreffende het verkrijgen van een wachttuitkering oordeelde het Hof dat een voorwaarde die verband houdt met de noodzaak aan een onderwijsinstelling van de ontvangende lidstaat te hebben gestudeerd, gemakkelijker door de nationale onderdanen kan vervuld worden en dus vooral staatsburgers van andere lidstaten dreigt te benadelen¹⁸⁸.

Het Hof ziet slechts zeer marginaal toe op de benadelingsvraag: een bewezen verschillend effect wordt niet vereist, een potentieel effect is reeds voldoende om tot een verschillende behandeling te besluiten¹⁸⁹. Deze soepele aanpak komt zeer duidelijk naar voren in het arrest *O'Flynn*, waar het Hof expliciet stelt dat niet moet worden vastgesteld dat de betrokken bepaling in de praktijk een aanzienlijk groter percentage migrerende werknemers treft, maar dat het volstaat om vast te stellen, dat die bepaling een dergelijk effect kan hebben¹⁹⁰.

¹⁸³ HvJ C-350/96, *Clean Car Autoservice v. Landeshauptmann von Wien*, Jur. 1998, I-02521.

¹⁸⁴ HvJ C-326/90, *Commissie v. België*, Jur. 1992, I, 5517; C-111/91, *Commissie v. Luxemburg*, Jur. 1993, I, 817; HvJ gevoegde zaken C-45/92 en C-46/92, *Lepore en Scamuffa*, Jur. 1993, I, 6497; HvJ C-57/96, *Meints*, Jur. 1997, I, 6689; HvJ C-406/04, *De Cuyper*, Jur. 2006, I, 6947; HvJ C-228/07, *Petersen*, Jur. 2008, I, 6989.

¹⁸⁵ HvJ C-57/96, *Meints*, Jur. 1997, I, 6689; HvJ C-103/08, *Gottwald*, Jur. I-09117, § 28.

¹⁸⁶ Zie bijvoorbeeld HvJ C-228/88, *Bronzino*, Jur. 1990, I, 531, waar het als werkloze ter beschikking staan van de nationale diensten voor arbeidsbemiddeling als voorwaarde voor het bekomen van bepaalde gezinsbijslagen door het Hof gelijkgesteld werd met een woonplaatsvereiste.

¹⁸⁷ HvJ C-367/11, *Prete*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu.

¹⁸⁸ HvJ C-278/94, *Commissie v. België*, Jur. 1996, I, 4307; HvJ C-224/98, *D'Hoop*, Jur. 2002, I, 6191; HvJ C-258/04, *Ioannidis*, Jur. 2005, I, 8275. HvJ C-367/11, *Déborah Prête*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op curia.europa.eu.

¹⁸⁹ C. TOBLER, *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 226-228.

¹⁹⁰ HvJ C-237/94, *O'Flynn*, Jur. 1996, I, 2617, § 21.

Het Hof besteedt slechts uitzonderlijk aandacht aan het vergelijkbaarheidsvraagstuk. Dit is wellicht te wijten aan het feit dat er toch wel een zekere conceptuele overlapping bestaat tussen de rechtvaardiging en de vergelijkbaarheid¹⁹¹.

3. Discriminatie bij associatie

Wie kan zich beroepen op een verbod van discriminatie? Uiteraard eenieder die het beschermde kenmerk heeft en die getroffen wordt door een behandeling op grond daarvan. Maar niet alleen de beschermde persoon *zelf* kan zich het slachtoffer achten van discriminatie. Een derde partij die niet zelf gevisieerd wordt en/of die niet zelf het beschermde kenmerk heeft, kan zich eventueel ook op het non-discriminatierecht beroepen omwille van zijn *associatie* met de beschermde partij.

In de zaak *Coleman*¹⁹² oordeelde het Hof van Justitie aldus dat de ouder van een gehandicapt kind, die werd ontslagen omwille van bepaalde tijdsnoden voor zorg, zich als gediscrimineerd op grond van handicap kan beschouwen, ook al is die ouder zelf niet gehandicapt. Het Hof stelt dat uit de bepalingen van de Kaderrichtlijn niet blijkt *“dat het beginsel van gelijke behandeling dat deze richtlijn beoogt te garanderen, beperkt is tot personen die zelf een handicap hebben in de zin van deze richtlijn. Integendeel, deze richtlijn heeft tot doel om met betrekking tot arbeid en beroep alle vormen van discriminatie op grond van handicap te bestrijden. Het beginsel van gelijke behandeling dat zij op dit gebied formuleert, is niet van toepassing op een bepaalde categorie personen, maar uit hoofde van een van de in artikel 1 van deze richtlijn genoemde gronden. Deze uitlegging vindt steun in de bewoordingen van artikel 13 EG, de rechtsgrondslag van richtlijn 2000/78, dat de Gemeenschap de bevoegdheid verleent om de noodzakelijke maatregelen te nemen om elke discriminatie op grond van onder meer handicap te bestrijden”*¹⁹³.

Hoewel deze zaak dus over het verbod van discriminatie op grond van handicap gaat, blijkt uit de bewoordingen van het Hof dat deze redenering naar analogie kan toegepast worden op andere discriminatieverboden. Dat betekent dan concreet dat doelgroepenmaatregelen die, al naargelang het geval, onderscheiden tussen respectievelijk werknemers of werkgevers creëren, niet alleen door die geviseerde werknemers of werkgevers zelf kunnen bestreden worden op grond van non-discriminatie. Ook werkgevers van geviseerde werknemers, en omgekeerd werknemers van geviseerde werkgevers, kunnen als geassocieerde partij zich op non-discriminatie beroepen. Dat vergroot dus de kans van juridische contestatie.

4. Conclusie

Elke regelgever van doelgroepenmaatregelen moet er zich van bewust zijn dat het noodzakelijk gebruik van afbakeningscriteria bijna onvermijdelijk het risico inhoudt dat die personele, materiële en territoriale afbakening negatief is voor bepaalde subgroepen. Zodra deze subgroepen hun identiteit kunnen verbinden met één van de beschermde criteria van het Europese non-discriminatierecht – met name nationaliteit, geslacht, leeftijd, handicap, etniciteit, religie en seksuele oriëntatie – zal snel een vermoeden van onrechtstreekse discriminatie voorliggen. Bijgevolg is de essentie een zorgvuldige afweging van de noodzakelijkheid van de gebruikte criteria in het licht van het beleidsdoel. Dat is de essentie van de rechtvaardigingstoets, die nu volgt.

¹⁹¹ E. SPAVENTA, *Free Movement of Persons in the European Union. Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 21-22.

¹⁹² HvJ C-303/06, *Coleman*, Jur. 2008, I, 05603.

¹⁹³ *Ibid.*, § 38.

Hoofdstuk III: Rechtvaardiging van een *prima facie* rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie

Gelet op de grote reikwijdte van de discriminatieverboden (cf. hoofdstuk I) en het gemak waarmee het Hof een *prima facie* discriminatie vaststelt (cf. hoofdstuk II), is de vraag of een maatregel in overeenstemming is met het Europees non-discriminatierecht, in de meeste gevallen vooral een kwestie van rechtvaardiging.

Algemeen gesproken, is deze rechtvaardigingstoets drieledig: vooreerst moet de verwerende overheid aantonen dat haar maatregel gesteund is op een **legitieme doelstelling**. Ten tweede moet de maatregel **geschikt** zijn om het nagestreefde doel te kunnen verwezenlijken. Er moet dus een causaal verband zijn tussen de maatregel en het doel. Tenslotte wordt er ook vereist dat de maatregel niet verder gaat dan **noodzakelijk** om het nagestreefde doel te bereiken. Soms gaat het Hof niet afzonderlijk in op de geschiktheid en de noodzakelijkheid van de maatregel, maar worden deze twee vereisten samen behandeld onder de noemer 'evenredigheid'.

De specifieke invulling van de rechtvaardigingstoets is afhankelijk is van de discriminatiegrond en verschilt ook naargelang het gaat om rechtstreekse dan wel onrechtstreekse *prima facie* discriminatie. Zo kent elke discriminatiegrond in principe twee categorieën van rechtvaardigingsgronden. Enerzijds zijn er de specifieke rechtvaardigingsgronden en anderzijds is er een algemene, open rechtvaardigingsgrond waarbij het aan de rechter toekomt om te onderzoeken of een *prima facie* discriminatie al dan niet geoorloofd is, rekening houdend met de specifieke context. Daar waar de specifieke rechtvaardigingsgronden zowel een rechtstreekse als onrechtstreekse discriminatie kunnen rechtvaardigen, kan de open, algemene rechtvaardigingsgrond enkel in geval van een onrechtstreekse discriminatie worden opgeworpen.

Met de typologie van de bestaande doelgroepenmaatregelen in het achterhoofd, wordt hieronder ingegaan op de rechtvaardiging van discriminatie op grond van nationaliteit, leeftijd en geslacht. Conform de opdracht, gaat de aandacht naar de Europese rechtspraak, zijnde die van het Europese Hof van Justitie. Het is echter belangrijk te noteren dat wat als toetsing door het Hof van Justitie wordt beschreven, ook door de nationale rechter moet worden toegepast. De toetsing van de rechtvaardiging gebeurt per saldo in het betrokken geschil, zijnde door de nationale rechter maar volgens het referentiekader dat het Europese Hof van Justitie daarvoor aanreikt. Dat is de klassieke taakverdeling in het gros van de rechtszaken die verwijzingszaken zijn afkomstig van een nationaal geschil. In de praktijk lopen de lijnen nogal door elkaar. Vaak geeft het Hof van Justitie zelf al de nodige conclusies mee, zoals hieronder blijkt. In elk geval: alle richtsnoeren van rechtvaardigingscontrole die hieronder worden ontwikkeld vanuit de rechtspraak van het Hof van Justitie, zijn dus beschikbaar én verplicht voor elke nationale rechter die zich over een doelgroepenmaatregel zou moeten buigen.

1. Rechtvaardiging van een *prima facie* onrechtstreekse discriminatie op grond van nationaliteit

Inzake nationaliteitsdiscriminatie bestaan er twee categorieën van rechtvaardigingsgronden. *Enerzijds* zijn er de gronden die uitdrukkelijk worden vermeld in het Verdrag, namelijk: de openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid en tewerkstelling of werkzaamheden in of voor de overheidsdienst. *Anderzijds* zijn er niet-vermelde rechtvaardigingsgronden. Daar waar de uitdrukkelijk in het Verdrag voorziene rechtvaardigingsgronden zowel rechtstreekse als onrechtstreekse nationaliteitsdiscriminatie kunnen rechtvaardigen, kunnen de niet-vermelde gronden slechts in geval

van onrechtstreekse nationaliteitsdiscriminatie worden opgeworpen¹⁹⁴. De focus van dit rapport ligt op de niet-vermelde gronden bij onrechtstreekse nationaliteitsdiscriminatie. Deze vorm van discriminatie is immers de meest waarschijnlijke bij doelgroepenmaatregelen. Daarenboven zijn de voormelde uitdrukkelijke rechtvaardigingsgronden slechts uitzonderlijk relevant voor arbeidsmarktbeleid.

De rechtvaardigingstoets is driedelig¹⁹⁵: vooreerst moet de verwerende overheid aantonen dat haar maatregel gesteund is op een *legitieme beleidsdoelstelling*. Deze doelstelling moet daarenboven *objectief* zijn en losstaan van een nationaliteitscriterium. Ten tweede moet de maatregel *geschikt* zijn om het nagestreefde doel te kunnen verwezenlijken. Er moet dus met andere woorden een causaal verband zijn tussen de maatregel en het doel. Tenslotte wordt er ook vereist dat de maatregel niet verder gaat dan *noodzakelijk* om het nagestreefde doel te bereiken.

§1. Legitieme doelstelling

Bij de legitimiteitstest wordt de vraag gesteld of de *prima facie* nationaliteitsdiscriminatie een objectief doel nastreeft dat gerechtvaardigd is omdat het niet bestaat in nationaliteitsdiscriminatie als zodanig. Het Hof laat hierbij een **ruime beoordelingsmarge** aan de lidstaten voor de invulling van hun beleidsautonomie.¹⁹⁶

Doelgroepenmaatregelen vallen vooreerst te kaderen binnen het arbeidsmarktbeleid en meer specifiek de bevordering van tewerkstelling. Dienaangaande stelde het Hof in de zaken *ITC* en *Caves Krier Frères* dat het niet kan worden betwist dat de **bevordering van de werkgelegenheid** een rechtmatige doelstelling van sociaal beleid vormt¹⁹⁷. Hierbij is het belangrijk om op te merken dat de zaak *Caves Krier Frères* specifiek over aanstellingssubsidies voor langdurig werklozen ging.

Daarnaast zijn doelgroepenmaatregelen ook specifiek gericht op een bepaalde geografische arbeidsmarkt. Zo zal een Vlaams doelgroepenbeleid logischerwijs afgestemd worden op de situatie van de Vlaamse arbeidsmarkt. Dit brengt met zich mee dat een dergelijk beleid onvermijdelijk een 'territoriale' component in zich zal hebben om er zich van te vergewissen dat er een '**werkelijke band**' bestaat tussen de maatregel en de geografische arbeidsmarkt. De werkelijke band werd als rechtvaardigingsgrond voor het eerst geïntroduceerd in de zaak *D'Hoop*¹⁹⁸ en werd sindsdien reeds veelvuldig toegepast¹⁹⁹.

Het arrest *D'Hoop* ging over de Belgische wachttuitkeringen gekoppeld aan een diplomavereiste. Aan verzoekster, een Belgische onderdaan, werd een wachttuitkering geweigerd omdat ze haar diploma middelbaar onderwijs in een Franse school had behaald. Het Hof beschouwde dit *prima facie* als strijdig met het discriminatieverbod. Het Hof stelde evenwel dat de wachttuitkeringen tot doel hadden "*de overgang van studie naar beroepsleven voor jongeren te vergemakkelijken. In deze context is het rechtmatig dat de nationale wetgever zich ervan wil vergewissen dat er een werkelijke band bestaat tussen de aanvrager van de uitkeringen en de betrokken geografische arbeidsmarkt*"²⁰⁰. Het vereiste van de "werkelijke band" kan beschouwd worden als een instrumenterend criterium voor de finale

¹⁹⁴ C. BARNARD, "Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected?" in C. BARNARD en O. ODUDU, *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, Hart Pub., 2009, 274.

¹⁹⁵ Dit kan duidelijk afgeleid worden uit het arrest *Gebhard*: HvJ C-55/94, *Gebhard*, Jur. 1995, I, 4165, §37.

¹⁹⁶ Zie onder meer: HvJ C- 208/05, *ITC*, Jur. 2007, I, 181, § 39; HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 51.

¹⁹⁷ HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 51; HvJ 208/05, *ITC*, Jur. 2007, I, 181, § 39.

¹⁹⁸ HvJ C-224/98, *D'Hoop*, Jur. 2002, I, 6191.

¹⁹⁹ Zie bijvoorbeeld: HvJ C-138/02, *Collins*, Jur. 2004, I, 2703; HvJ C-258/04, *Ioannidis*, Jur. 2005, I, 8275; HvJ C-406/04, *De Cuyper*, Jur. 2006, I, 6947; HvJ C-287/05, *Hendrix*, Jur. 2007, I, 6909; HvJ C-499/06, *Nerkowska*, Jur. 2008, I, 3993; HvJ C-103/08, *Gottwald*, Jur. I-09117; HvJ C-367/11, *Prete*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu

²⁰⁰ *Ibid.*, § 38.

beleidsdoelstelling van overgang van studie naar beroepsleven. Aangezien de overheid die legitieme beleidsdoelstelling nu eenmaal binnen een territorium moet gestalte geven, kan een vereiste van “werkelijke band” – *in casu* vertaald met een diplomavereiste dat niet rechtstreeks discrimineert – daarvoor dan ook legitiem zijn.

De rechtvaardigingsgrond van de werkelijke band wordt veelal gehanteerd bij socialezekerheidsprestaties die een uiting zijn van een solidariteitsgedachte in een bepaalde gebiedsomschrijving. Maar het Hof laat ook een opening om dezelfde redenering te hanteren voor arbeidsmarktbeleid. Zo verwees het Hof in de aangehaalde zaak *Caves Krier Frères*²⁰¹ naar de ‘integratie’ van de verzoekster in de arbeidsmarkt, waarmee het Hof impliciet doelde op de rechtvaardiging via werkelijke band. De redenering inzake socialezekerheidsuitkeringen kan dan naar analogie toegepast worden op doelgroepenmaatregelen inzake arbeidsmarkt: dergelijke doelgroepenmaatregelen hebben immers als doel om de opname van bepaalde doelgroepen in het beroepsleven te bevorderen. Aangezien een dergelijk beleid dan ook onlosmakelijk verbonden is met de geografische arbeidsmarkt, lijkt het voor de Vlaamse overheid legitiem te kunnen zijn om zich ervan te willen vergewissen dat er tussen degene tot wie de maatregel gericht is en de betrokken geografische arbeidsmarkt een werkelijke band bestaat.

In het kader van een regionaal doelgroepenbeleid dient ten slotte opgemerkt te worden dat de interne grondwettelijke bevoegdheidsverdeling in een lidstaat, als zodanig niet als de rechtvaardigende legitieme doelstelling kan dienen.²⁰²

§2. Geschiktheid en noodzakelijkheid (evenredigheidsbeginsel)

2.1 Toetsingsintensiteit

In een aantal zaken bevestigde het Hof dat het in beginsel aan de nationale rechter toekomt om op de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel toe te zien²⁰³. Het Hof voegde eraan toe dat het daarbij wel bevoegd is om de nationale rechter alle uitleggingsgegevens met betrekking tot het Unierecht te verschaffen om zo de nationale rechter in staat stellen de verenigbaarheid van een nationale maatregel met het Unierecht te beoordelen²⁰⁴. Het Hof gaat in de meeste gevallen dan ook zelf over tot het toetsen van de geschiktheid en de noodzakelijkheid²⁰⁵.

Vooraf aan de noodzakelijkheidstest blijkt het Hof veel aandacht te schenken, waardoor het vaak de noodzakelijkheid van de maatregel is die doorslaggevend blijkt te zijn voor de uitkomst van de zaak²⁰⁶. Bij deze noodzakelijkheidstest beperkt het Hof zich wel meestal tot een algemene noodzakelijkheidstest en gaat het enkel na of de regeling niet verder gaat dan noodzakelijk om het vooropgestelde doel te bereiken²⁰⁷. Slechts in een minderheid van de gevallen onderzoekt het Hof expliciet of er minder ingrijpende alternatieven bestaan²⁰⁸.

²⁰¹ HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu.

²⁰² Zie HvJ 9/74, *Casagrande*, Jur. 1974, 773, §6; HvJ C-212/06, *Regering van de Franse Gemeenschap en Waalse regering v. Vlaamse regering*, Jur. 2008, I, 1683, §58.

²⁰³ HvJ C-367/11, *Prete*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 42; HvJ C-22/08 en C-23/08, *Vatsouras en Koupatantze*, Jur. I-4585, § 41.

²⁰⁴ HvJ C-367/11, *Prete*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 43.

²⁰⁵ Een voorbeeld van een intense toetsing van de geschiktheid is te vinden in het arrest *Caves Krier Frères*: HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu.

²⁰⁶ Een goed voorbeeld van een doorgedreven noodzakelijkheidstoets is te vinden in het arrest *Prete*: HvJ C-367/11, *Prete*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu.

²⁰⁷ ²⁰⁷ D. DE PRINS, S. SOTTIAUX, J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 125.

²⁰⁸ Zie bijvoorbeeld: HvJ C-350/96, *Clean Car Autoservice*, Jur. 1998, I-02521, § 34.

Samenvattend kan dus gesteld worden dat daar waar het Hof zich slechts zeer beperkt zal inmengen bij de legitimiteit van een doelstelling, het bij de geschiktheid en noodzakelijkheid van een maatregel wel daadwerkelijke afwegingen van opportuniteit kan en zal doen. Daarbij vereist het Hof dat de verwerende lidstaten de geschiktheid en noodzakelijkheid van hun prima facie discriminerende regeling met **concrete gegevens** kunnen aantonen: *“Bij de rechtvaardigingsgronden die een lidstaat kan aanvoeren moet een onderzoek zijn gevoegd van de geschiktheid en de evenredigheid van de door die lidstaat genomen beperkende maatregel, alsmede specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog”*.²⁰⁹

2.2 Geschiktheid

Wat betreft de doelstelling van sociaal beleid en **werkgelegenheidsbevordering**, stelde het Hof in het arrest *ITC* dat *“louter algemene verklaringen”* dat de desbetreffende maatregel de werkloosheid verlaagt niet volstaan²¹⁰. In een arrest ging het Hof zelf zo ver dat het een *“objectieve, uitvoerige en cijfermatige analyse”* vereiste die *“met behulp van ernstige, gelijklopende en bewijskrachtige gegevens”* kon aantonen dat de genomen maatregel geschikt was²¹¹. Bij het doorvoeren van een doelgroepenbeleid zal de Vlaamse overheid dus in staat moeten zijn om met concrete gegevens aan te tonen dat de doelgroepenmaatregelen wel degelijk de werkloosheidsgraad van de desbetreffende doelgroepen terugdringt.

Inzake de doelstelling van het creëren van een **werkelijke band** dient de verwerende lidstaat aan te tonen dat het gebruikte criterium wel degelijk geschikt is om een werkelijke band te waarborgen. In de zaak *Hendrix* betreffend een Nederlandse uitkering voor jonggehandicapten die werd stopgezet van zodra de jongere niet meer in Nederland woonde, oordeelde het Hof dat de *“uitkering nauw verbonden [is] met de sociaaleconomische context van de betrokken lidstaat, aangezien zij gerelateerd is aan het minimumloon en de levensstandaard in dat land (...). De woonplaatsvoorwaarde op zich, zoals gesteld in de nationale wettelijke regeling, is dus objectief gerechtvaardigd”*²¹². Vertaald naar een Vlaams doelgroepenbeleid zou hierop een vestigingsvereiste voor de werkgever kunnen gesteund worden. Wanneer de doelgroepenmaatregel zich bijvoorbeeld zou vertalen in een aanstellingssubsidie voor de werkgever die gekoppeld wordt aan het bedrag aan sociale bijdragen die de werkgever voor de betrokken werknemer moet betalen, dan is die aanstellingssubsidie immers nauw verbonden met de sociaaleconomische context van België.

Het Hof heeft in zijn rechtspraak bevestigd dat *“onder bepaalde voorwaarden aanvaard [wordt] dat nationale regelingen kunnen vereisen dat de ontvanger van de aan de orde zijnde prestatie, teneinde het bestaan aan te tonen van een zekere mate van integratie, gedurende een bepaalde tijd in de betrokken lidstaat heeft gewoond of verblijf heeft gehouden”*²¹³. Aangezien de Vlaamse doelgroepenmaatregelen uiteindelijk gefinancierd zullen worden uit belastingopbrengsten, lijkt het vooropstellen van een woonplaatsvereiste voor de werkzoekende een geschikt criterium te kunnen zijn om de werkelijke band van de werkzoekende met de geografische arbeidsmarkt vast te stellen. Dit kan in principe d.m.v. een *a contrario* redenering afgeleid worden uit de zaak *Caves Krier Frères*²¹⁴. Daar merkte het Hof immers op dat *“een woonplaatsvereiste in beginsel ongeschikt is voor migrerende werknemers en grensarbeiders, aangezien zij (...) met de fiscale bijdragen die zij in het*

²⁰⁹ HvJ 8/02, *Leichtle*, Jur. 2004, I-2641, r.o. 45-46; HvJ 147/03, Commissie/Oostenrijk, Jur. 2005, I, 05969, § 63; HvJ C-73/08, *Bressol e.a.*, Jur. 2010, I, 02735, §71; HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 49.

²¹⁰ HvJ C- 208/05, *ITC*, Jur. 2007, I-181, § 41.

²¹¹ HvJ C-73/08, *Bressol e.a.*, Jur. 2010, I, 02735, §71.

²¹² HvJ C-287/05, *Hendrix*, Jur. 2007, I, 6909, § 55.

²¹³ HvJ C-103/08, *Gottwald*, Jur. I-09117, § 35.

²¹⁴ HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu

*gastland betalen uit hoofde van de arbeid in loondienst die zij daar verrichten, ook bijdragen aan de financiering van de sociale regelingen in die staat*²¹⁵. Er moet dus m.a.w. een onderscheid gemaakt worden tussen de migrerende werknemers en grensarbeiders die ‘per definitie’ een band hebben met de geografische arbeidsmarkt enerzijds en de Unieburgers die op een sociale regeling beroep willen doen zonder economisch actief te zijn anderzijds²¹⁶.

De rechtspraak lijkt dus een woonplaatsvereiste te willen aanvaarden wanneer dit een gepast criterium voor een werkelijke band inhoudt, in het bijzonder wanneer de woonplaats overeenstemt met belastingbijdragen voor maatregelen die nu eenmaal met publieke middelen worden gefinancierd. De gerepertorieerde rechtspraak levert geen precedënten op over de vraag of territoriale afbakening binnen één lidstaat – *in casu*, Vlaanderen – ook moet overeenstemmen met de wijze waarop de belastingopbrengsten binnen die lidstaat gegenereerd worden. Zoals hierboven benadrukt, komt de factor nationaliteit in het Europese discriminatierecht traditioneel immers pas om de hoek kijken wanneer sprake is van een grensoverschrijdende dimensie tussen lidstaten. Voor puur-interne verschillen lijkt het onwaarschijnlijk dat het Unierecht zou kunnen worden ingeroepen, al is het nooit uit te sluiten dat het Hof van Justitie zijn blikveld zou verruimen, mede gelet op de waarde van non-discriminatie als een algemeen beginsel van EU-recht. Het valt dus niet uit te sluiten dat een woonplaatscriterium voor Vlaanderen alsnog zou worden aangevochten door personen woonachtig buiten Vlaanderen, in de veronderstelling dat de financiering uiteindelijk uit een federale inning voortkomt.

Een diploma- of studievereiste (als enig criterium) wordt daarentegen door het Hof als niet geschikt ervaren om de daadwerkelijke band met de geografische arbeidsmarkt vast te stellen. In de zaken betreffende de Belgische wachttuitkeringen stelde het Hof hierbij telkens dat “*deze factor (...) niet noodzakelijk een juiste weergave is van de mate waarin een echte en daadwerkelijke band bestaat tussen de aanvrager van de wachttuitkeringen en de geografische arbeidsmarkt*”²¹⁷.

2.3 Noodzakelijkheid (proportionaliteit)

Elke toets van noodzakelijkheid of proportionaliteit gaat in essentie over de vraag of het aangenomen legitieme beleidsdoel niet op een andere, minder discriminatoire manier, even doelmatig kan worden nagestreefd dan met de betwiste maatregel. Als er een even doelmatig alternatief kan worden gevonden dat minder discriminerend werkt, *moet* voor het alternatief worden gekozen en zal de bekritiseerde maatregel dus niet gerechtvaardigd zijn. Tot zover het principe. Het is in de praktijk echter zeer moeilijk te voorspellen hoever een rechter zal gaan in de afweging van noodzakelijkheid. In het algemeen, kan worden vooropgesteld dat, wanneer beleidsmaatregelen voorliggen die – zoals de doelgroepenmaatregelen – de realisatie zijn van nationale beleidsautonomie, de Europese rechtspraak niet zeer strikt is in het beoordelen van alternatieven. De bestaande rechtspraak beperkt zich meestal tot het uitsluiten van bepaalde maatregelen die *a priori* als excessief worden beoordeeld, doch zonder zelf de afweging van mogelijke alternatieven te doen.

Het zich vergewissen van een **werkelijke band** met de geografische arbeidsmarkt, komt in wezen neer op het waarborgen van de nodige integratie van de begunstigde in deze arbeidsmarkt. Het Hof vereist hierbij dat aan de begunstigde de kans wordt gegeven om zijn werkelijke integratie in de geografische arbeidsmarkt aan te tonen. Om die reden geldt er inzake de proportionaliteitstoets als belangrijke regel dat wanneer het vaststellen van de werkelijke band met de geografische

²¹⁵ Ibid., § 53.

²¹⁶ HvJ C-542/09, *Commissie v. Nederland*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 64.

²¹⁷ HvJ C-224/98, *D'Hoop*, *Jur.* 2002, I, 6191, §39; HvJ C-258/04, *Ioannidis*, *Jur.* 2005, I, 8275, §31; HvJ C-367/11, *Prete*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 45.

arbeidsmarkt afhankelijk wordt gemaakt van slechts één absoluut criterium, dit in de meeste gevallen als te algemeen en exclusief wordt beschouwd: *“Hierdoor wordt een te groot gewicht toegekend aan een factor die niet noodzakelijk een juiste weergave is van de mate waarin er een echte en daadwerkelijke band bestaat tussen de aanvrager van [een sociaal voordeel] en de geografische arbeidsmarkt met uitsluiting van elke andere representatieve factor. Deze voorwaarde gaat derhalve verder dan nodig is ter bereiking van het beoogde doel”*²¹⁸.

Een uitzondering geldt er enigszins voor het criterium woonplaats of verblijfplaats. Dit kan in principe als enige criterium worden vooropgesteld, op voorwaarde dat het voldoende ruim en flexibel wordt gehanteerd²¹⁹. Zo dient er in een versoepeling te worden voorzien voor grensarbeiders en migrerende werknemers (cf. supra)²²⁰ en wanneer de woonplaatsvereiste gekoppeld wordt aan een bepaalde duur, heeft het Hof gepreciseerd dat, *“deze in ieder geval niet langer mag zijn dan nodig is om de nationale autoriteiten in staat te stellen zich ervan te vergewissen dat de betrokkene werkelijk op zoek is naar een betrekking op de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat”*²²¹.

2. Rechtvaardiging van een *prima facie* leeftijdsdiscriminatie

§1. Rechtstreekse en onrechtstreekse discriminatie

Leeftijd bekleedt een aparte plaats in het Europese non-discriminatierecht bij de arbeid. Enerzijds hanteert de wetgever er het klassieke concept dat *onrechtstreekse* leeftijdsdiscriminatie rechtvaardigt wanneer de ogenschijnlijke neutrale bepaling met niet-neutrale impact gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Anderzijds wil de wetgever ruimte laten om leeftijd toch nog *rechtstreeks* te gebruiken, in afwijking van het normale verbod van rechtstreekse leeftijdsdiscriminatie. Dat maakt leeftijd bijzonder ten aanzien van andere beschermde kenmerken waar, afgezien van de hypothese van positieve discriminatie, het rechtstreeks gebruik van het kenmerk per definitie verboden is.

In de Kaderrichtlijn kunnen vier rechtvaardigingsgronden voor *rechtstreekse* leeftijdsdiscriminatie teruggevonden worden. Vooreerst kan men zich beroepen op de bescherming van de openbare orde, openbare veiligheid, de volksgezondheid en de rechten en vrijheden van derden²²². Daarnaast is er nog de rechtvaardigingsgrond van de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten²²³ en de mogelijkheid om maatregelen van positieve actie te nemen²²⁴. Tenslotte voorziet artikel 6(1) in een specifieke rechtvaardigingsgrond voor een rechtstreekse (en onrechtstreekse) leeftijdsdiscriminatie.

Voor doelgroepenmaatregelen is artikel 6(1) de dominante bepaling. Lidstaten kunnen bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen *“indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”*. In het tweede lid worden er enkele voorbeelden opgesomd van dergelijke

²¹⁸ HvJ C-224/98, *D'Hoop*, Jur. 2002, I, 6191, §39. In dezelfde zin: HvJ C-258/04, *Ioannidis*, Jur. 2005, I, 8275, §31.

²¹⁹ HvJ C-103/08, *Gottwald*, Jur. I-09117, § 38.

²²⁰ HvJ C-542/09, *Commissie v. Nederland*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu; HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu.

²²¹ HvJ C-138/02, *Collins*, Jur. 2004, I, 2703, §72; HvJ C-367/11, *Prete*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 47.

²²² Artikel 2(5) Kaderrichtlijn.

²²³ Artikel 4(1) Kaderrichtlijn.

²²⁴ Artikel 7 Kaderrichtlijn.

toegelaten verschillen in behandeling. Zo kan een verschil in behandeling om de opname van jongeren of oudere werknemers in het arbeidsproces te bevorderen, een toegelaten verschil in behandeling uitmaken²²⁵.

Via artikel 6(1) lopen de rechtvaardiging van rechtstreekse en onrechtstreekse leeftijdsdiscriminatie inhoudelijk volledig parallel. In beide gevallen moet een drievoudige analyse gebeuren. Vooreerst moet men nagaan of de maatregel een legitiem doel van algemeen belang nastreeft. Eens dit vaststaat, dient men te onderzoeken of de maatregel ook geschikt en noodzakelijk is om het opgegeven doel na te streven. Hieronder wordt dus geen conceptueel onderscheid tussen rechtstreekse en onrechtstreekse leeftijdsdiscriminatie aangehouden. We merken ook op dat het raamwerk en de criteria voor de rechtvaardigingsanalyse voor rechtstreekse en onrechtstreekse leeftijdsdiscriminatie ook analoog zijn als bij de hierboven besproken casus van onrechtstreekse nationaliteitsdiscriminatie.

§2. Legitieme doelstelling van algemeen belang

Zodra een verschillende behandeling op grond van leeftijd voorligt, gaat het Hof na of dit verschil in behandeling op een legitieme doelstelling van algemeen belang berust. Daarbij vereist het Hof niet dat deze doelstelling expliciet of formeel vermeld wordt in de wetgevende tekst. Het volstaat dat het onderliggende doel van de betrokken maatregel kan worden bepaald aan de hand van de algemene context van de betrokken maatregel²²⁶.

Aan de lidstaten, en desgevallend de sociale partners, komt immers een ruime beoordelingsvrijheid toe bij de beslissing welke doelstellingen van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven²²⁷. Het Hof gaat zich ook geenszins inmengen in de vraag of de aangewezen doelstelling wel degelijk de werkelijke doelstelling van de maatregel is en of deze strookt met de realiteit van de arbeidsmarkt. Zo stelde het Hof in de zaak *Georgiev* dat het de taak is van de nationale rechter om de feitelijke situatie te onderzoeken en na te gaan of aangehaalde doelstellingen overeenstemmen met de feiten²²⁸. Het behoort eveneens tot de bevoegdheid van de nationale rechter om vervolgens uit te maken of de vermelde doelstelling een legitieme doelstelling in de zin van artikel 6(1) uitmaakt²²⁹.

Bij de vaststelling van het legitieme karakter van een vooropgestelde doelstelling kan het Hof wel “*preciseren*” geven om de nationale rechterlijke instantie bij haar uitlegging bij te staan²³⁰. Zo gaat het Hof na of de door de nationale rechter vermelde specifieke doelstellingen kunnen gekaderd worden binnen de ruimere doelstellingen van sociaal beleid, arbeidsmarktbeleid of werkgelegenheidsbeleid²³¹. In die zin bevestigde het Hof meermaals dat de bevordering van de werkgelegenheid onbetwistbaar een legitiem doel van sociaal beleid of werkgelegenheidsbeleid

²²⁵ Artikel 6(1), lid 2, a) Kaderrichtlijn.

²²⁶ HvJ C-411/05, *Palacios de la Villa*, Jur. 2007, I, 08531, § 54-57; HvJ C-388/07, *Age Concern*, Jur. 2009, I, 01569, § 44-45; HvJ C-250/09, *Georgiev*, Jur. 2010, I, 11869, § 40; HvJ C-45/09, *Rosenblatt*, Jur. 2010, I, 09391, § 58; HvJ C-159/10 en C-160/10, *Fuchs en Köhler*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 39; HvJ C-286/12, *Commissie t. Hongarije*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 58.

²²⁷ HvJ C-144/04, *Mangold*, Jur. 2005, I, 10013, § 63; HvJ C-411/05, *Palacios de la Villa*, Jur. 2007, I, 08531, § 68; HvJ C-45/09, *Rosenblatt*, Jur. 2010, I, 09391, § 41; HvJ C-297/10, *Hennigs*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 65.

²²⁸ ; HvJ C-250/09, *Georgiev*, Jur. 2010, I, 11869, § 47-48

²²⁹ HvJ C-388/07, *Age Concern*, Jur. 2009, I, 01569, § 47-48.

²³⁰ HvJ C-388/07, *Age Concern*, Jur. 2009, I, 01569, § 47-48.

²³¹ Zie onder meer HvJ C-555/07, *Kücükdeveci*, Jur. 2010, I, 00365, § 36.

uitmaakt, met name wanneer het er om gaat om voor jongeren of ouderen de toegang tot de arbeidsmarkt te bevorderen²³².

In *Fuchs* benadrukte het Hof dat het wel degelijk moet gaan om doelstellingen van algemeen belang, zijnde doelstellingen die zich onderscheiden van louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever, zoals de vermindering van de kosten of de verbetering van het concurrentievermogen²³³. Deze zaak ging om een maatregel van de Duitse deelstaat Hessen betreffende de verplichte pensionering van procureurs die de leeftijd van 65 jaar hadden bereikt. De verwijzende rechter stelde de vraag of een maatregel die door één deelstaat is aangenomen, voor een deel van zijn personeel, geen te beperkte groep van personen betrof om een maatregel te vormen die een doel van algemeen belang nastreeft. Het Hof bevestigde dat, ook al betreft het slechts een bepaalde categorie van werknemers, dit het karakter van algemeen belang van een maatregel niet in de weg staat. Wat betreft de omstandigheid dat een bepaling op regionaal niveau werd vastgesteld, sloot dit volgens het Hof niet uit dat deze een legitiem doel in de zin van artikel 6(1) kon nastreven. *“In een staat als de Bondsrepubliek Duitsland kan de wetgever vinden dat het in het belang van alle betrokkenen aan de Länder en niet aan de federale autoriteiten staat om bepaalde onder dat voorschrift vallende wetgevende maatregelen te nemen”*²³⁴.

§3. Geschiktheid

Bij het onderzoek naar de geschiktheid wordt nagegaan of de *prima facie* discriminerende maatregel geschikt is om het vooropgestelde doel te bereiken. *“De lidstaten beschikken over een ruime beoordelingsvrijheid, niet alleen bij de beslissing welke van meerdere doelstellingen van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstelling kan worden verwezenlijkt”*²³⁵. Ook inzake de geschiktheid van een bepaalde maatregel kent het Hof dus een ruime beoordelingsmarge toe aan de lidstaten.

Niettegenstaande deze ruime beoordelingsvrijheid van de lidstaten, verzet het Hof zich tegen algemene verklaringen om aan te tonen dat een bepaalde maatregel geschikt is om bij te dragen tot het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding²³⁶. De verwerende lidstaat moet dus concreet kunnen aantonen dat de gekozen maatregel geschikt is om het vooropgestelde doel te bereiken en dat de maatregel effectief een oplossing biedt of kan bieden voor het probleem dat de lidstaat met de maatregel wil aanpakken.

Wanneer een maatregel bijvoorbeeld tot doel heeft om de toegang van jongeren tot een bepaald beroep te bevorderen en de maatregel dit doet door de oudere werknemers verplicht op pensioen te stellen bij het bereiken van een bepaalde leeftijd, dan vereist het Hof dat de lidstaat kan aantonen dat de toegang van jongeren tot dat beroep bemoeilijkt wordt doordat oudere werknemers heel lang actief

²³² HvJ C-144/04, *Mangold*, Jur. 2005, I, 10013, § 60; HvJ C-411/05, *Palacios de la Villa*, Jur. 2007, I, 08531, § 64-65; HvJ C-88/08, *Hütter*, Jur. 2009, I, 05325, § 40-41; HvJ C-250/09, *Georgiev*, Jur. 2010, I, 11869, § 45; HvJ C-499/08, *Andersen*, Jur. 2010, I, 09343, § 30; HvJ C-159/10 en C-160/10, *Fuchs en Köhler*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 49; HvJ C-286/12, *Commissie t. Hongarije*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 62.

²³³ HvJ C-159/10 en C-160/10, *Fuchs en Köhler*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 52.

²³⁴ HvJ C-159/10 en C-160/10, *Fuchs en Köhler*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 51-55.

²³⁵ HvJ C-45/09, *Rosenbladt*, Jur. 2010, I, 09391, § 41. Zie in dezelfde zin: HvJ C-144/04, *Mangold*, Jur. 2005, I, 10013, § 63; HvJ C-411/05, *Palacios de la Villa*, Jur. 2007, I, 08531, § 68; HvJ C-88/08, *Hütter*, Jur. 2009, I, 05325, § 45; HvJ C-388/07, *Age Concern*, Jur. 2009, I, 01569, § 50-51; HvJ C-250/09, *Georgiev*, Jur. 2010, I, 11869, § 50; HvJ C-499/08, *Andersen*, Jur. 2010, I, 09343, § 33; HvJ C-555/07, *Kücükdeveci*, Jur. 2010, I, 00365, § 38; HvJ C-159/10 en C-160/10, *Fuchs en Köhler*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 80.

²³⁶ HvJ C-388/07, *Age Concern*, Jur. 2009, I, 01569, § 51.

blijven.²³⁷ Inzake doelgroepenmaatregelen die bijvoorbeeld zouden bestaan uit het toekennen van een premie aan de werkgever, zou men dus naar analogie kunnen redeneren dat de Vlaamse overheid zal moeten aantonen dat de reden – of een van de redenen – van de moeilijke toegang van jongeren of ouderen tot de arbeidsmarkt erin bestaat dat de tewerkstelling van deze groepen een extra kost uitmaakt voor de werkgevers. Het Hof zal hierbij niet onderzoeken of dit werkelijk zo is – dit laat het Hof over aan de nationale rechters – het zal enkel nagaan of de lidstaat kan aantonen dat haar keuze niet op algemene veronderstellingen gestoeld is.

Het Hof aanvaardt hierbij wel dat de lidstaat er naar *redelijkheid* kon van uitgaan dat de maatregel geschikt zou zijn om het doel te bereiken²³⁸. Een maatregel zal dus als geschikt beoordeeld worden wanneer, gelet op concrete gegevens het niet onredelijk lijkt dat de autoriteiten van een lidstaat van mening zijn dat een maatregel passend is om legitieme doelen van het nationale arbeids- en werkgelegenheidsbeleid te bereiken.

Doordat het Hof de 'redelijkheid' als criterium hanteert, brengt dit met zich mee dat wanneer een lidstaat een differentiërend beleid doorvoert, maar dit beleid naderhand niet het gewenste effect blijkt te hebben, de lidstaat daarvoor niet juridisch zal 'afgestraft' worden zo lang ze kan aantonen dat het redelijk was om ervan uit te gaan dat het beleid *wel* doeltreffend zou zijn. Dit komt duidelijk naar voren in de zaak *Fuchs*²³⁹, waar het Hof stelde dat die keuze kan "*berusten op economische, sociale, demografische en/of budgettaire overwegingen, die niet alleen bestaande en verifieerbare gegevens inhouden, maar ook voorspellingen die van nature onjuist kunnen blijken te zijn en dus een mate van onzekerheid met zich brengen. Die maatregel kan bovendien berusten op politieke overwegingen, die vaak een afweging tussen diverse mogelijke oplossingen inhouden en op grond waarvan het verwachte resultaat evenmin zeker kan worden geacht*"²⁴⁰.

§4. Noodzakelijkheid

In deze fase wordt onderzocht of het nagestreefde doel niet met andere, minder discriminerende middelen kan verwezenlijkt worden. Vooreerst kan hierbij opnieuw opgemerkt worden dat er weliswaar een ruime beoordelingsvrijheid geldt voor de overheden, maar dat algemene veronderstellingen onvoldoende zijn en dat concreet moet worden geargumenteed dat de overheid er redelijkerwijs mocht vanuit gaan dat de gekozen maatregel noodzakelijk was om het vooropgestelde doel te bereiken (*cf. supra*).

In het licht van de noodzakelijkheid hecht het Hof er belang aan dat de maatregel **voldoende specifiek** is in het aansluiten van het gekozen discriminatoire middel op de beoogde doelgroep. De zaak *Mangold*²⁴¹ vormt hiervan een goed voorbeeld. In deze zaak diende het Hof te oordelen over een bepaling van het Duitse recht waarin werd aanvaard dat het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd onbepaald was toegestaan vanaf de leeftijd van 52 jaar. De doelstelling van deze maatregel was gelegen in het bevorderen van de integratie van oudere werknemers op de

²³⁷ Zie in die zin HvJ C-250/09, *Georgiev*, *Jur.* 2010, I, 11869, § 52; HvJ C-159/10 en C-160/10, *Fuchs en Köhler*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 58-59. Voor de volledigheid dient hierbij echter wel opgemerkt te worden dat het Hof in tussentijd algemeen aanvaard heeft dat in het kader van beroepen waarin het aantal beschikbare posities beperkt is, een wettelijk verplichte pensioenleeftijd de toegang van jongeren tot arbeid vergemakkelijkt.

²³⁸, HvJ C-45/09, *Rosenbladt*, *Jur.* 2010, I, 09391, § 51; HvJ C-499/08, *Andersen*, *Jur.* 2010, I, 09343, § 34; HvJ C-250/09, *Georgiev*, *Jur.* 2010, I, 11869, § 51; HvJ C-297/10, *Hennigs*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 98; HvJ C-159/10 en C-160/10, *Fuchs en Köhler*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 80

²³⁹ HvJ C-159/10 en C-160/10, *Fuchs en Köhler*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu

²⁴⁰ *Ibid.*, § 81.

²⁴¹ HvJ C-144/04, *Mangold*, *Jur.* 2005, I, 10013.

arbeidsmarkt²⁴². Het Hof vond dat de maatregel verder ging dan noodzakelijk was voor het bereiken van het nagestreefde doel aangezien alle werknemers van 52 jaar en ouder zonder onderscheid onder deze maatregel vielen, ongeacht of zij vóór het sluiten van de overeenkomst werkloos waren en ongeacht de duur van deze eventuele werkloosheid²⁴³. Het Hof blijkt zich dan ook inschikkelijker op te stellen ten aanzien van maatregelen die gekenmerkt worden door een zekere **flexibiliteit** waardoor er rekening kan gehouden worden met de situatie op de arbeidsmarkt en de specifieke situatie van de betrokkenen²⁴⁴. In die zin kan er ook verwezen worden naar de zaak *Hennigs*²⁴⁵ waar het Hof zich soepel opstelde ten aanzien van een overgangsregeling betreffende een beloningssysteem dat een *prima facie* rechtstreekse leeftijdsdiscriminatie uitmaakte. Doordat het om een overgangsregeling ging die daarenboven **beperkt was in de tijd**, oordeelde het Hof dat de regeling niet verder ging dan wat noodzakelijk was om het vooropgestelde doel (bescherming van verworven rechten) te bereiken²⁴⁶.

Aangezien een Vlaams doelgroepenbeleid gericht zal zijn op het verbeteren van de Vlaamse arbeidsmarkt, dient het beleid best afgestemd te zijn op de effectieve situatie op die arbeidsmarkt. Flexibiliteit kan bijvoorbeeld mogelijk gemaakt worden door het beleid te beperken in de tijd, het afhankelijk te maken van een periodiek evaluatiesysteem, door een open lijst van diverse criteria te hanteren, of door uitzonderingen op regels mogelijk te maken. Ook dient men de doelgroepen zo specifiek mogelijk te omschrijven aangezien een te algemene maatregel de noodzakelijkheidstoets mogelijks niet zal doorstaan.

Bij het noodzakelijkheidsonderzoek gaat het Hof vaak ook aan een soort **belangenafweging** doen. Daarbij wordt de doelstelling van algemeen belang die het verschil in behandeling vereist, afgewogen tegen de belangen van de personen die ongunstiger worden behandeld ingevolge de maatregel²⁴⁷. Wat de belangen van laatstgenoemden betreft, mag de maatregel geen “*excessieve inbreuk op de gerechtvaardigde aanspraken*” van de betrokken personen uitmaken²⁴⁸. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat de besproken zaken gingen om verplichte oppensioenstelling, het vanaf een bepaalde leeftijd onbeperkt toestaan van contracten van bepaalde duur, en het niet in aanmerking nemen van beroepservaring voor een bepaalde leeftijd. Dergelijke maatregelen zijn een stuk ingrijpender en persoonlijker zijn voor de benadeelde groep dan doelgroepenmaatregelen die bijvoorbeeld alleen geen of minder steun toekennen voor aanwerving. Een rechtstreeks persoonlijk nadeel ligt dan minder voor de hand en is ook minder determinerend.

3. Rechtvaardiging van *prima facie* geslachtsdiscriminatie

§1. Rechtvaardiging van rechtstreekse discriminatie

Een rechtstreeks onderscheid op grond van geslacht kan enkel gerechtvaardigd worden door de uitdrukkelijk in de Richtlijn vermelde uitzonderingen. Het gaat meer bepaald om de rechtvaardiging op

²⁴² *Ibid.*, § 59.

²⁴³ *Ibid.*, § 64-65. Zie in dezelfde zin: HvJ C-88/08, *Hütter*, *Jur.* 2009, I, 05325; HvJ C-499/08, *Andersen*, *Jur.* 2010, I, 09343; HvJ C-555/07, *Kücükdeveci*, *Jur.* 2010, I, 00365.

²⁴⁴ HvJ C-411/05, *Palacios de la Villa*, *Jur.* 2007, I, 08531, § 74; HvJ C-45/09, *Rosenbladt*, *Jur.* 2010, I, 09391, § 49. In deze zaken gaat het echter om cao's hetgeen voor maatregelen op Vlaams niveau moeilijk te verwezenlijken is.

²⁴⁵ HvJ C-297/10, *Hennigs*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu.

²⁴⁶ *Ibid.*, § 97-98.

²⁴⁷ HvJ C-45/09, *Rosenbladt*, *Jur.* 2010, I, 09391, § 73; HvJ C-286/12, *Commissie t. Hongarije*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 66.

²⁴⁸ Zie in die zin HvJ C-411/05, *Palacios de la Villa*, *Jur.* 2007, I, 08531, § 73; HvJ C-45/09, *Rosenbladt*, *Jur.* 2010, I, 09391, § 73-76; HvJ C-159/10 en C-160/10, *Fuchs en Köhler*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 66.

grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten²⁴⁹, maatregelen van positieve actie²⁵⁰ en maatregelen i.k.v. de bescherming van vrouwen, in het bijzonder wat zwangerschap en moederschap betreft²⁵¹. Gezien de beperkte relevantie van rechtstreekse geslachtsdiscriminatie in het kader van de typologie van de bestaande doelgroepenmaatregelen, wordt er aan deze rechtvaardigingsgronden geen verdere aandacht besteed.

§2. Rechtvaardiging van onrechtstreekse discriminatie

Een ogenschijnlijk neutrale maatregel die een bijzondere benadeling inhoudt voor mannen dan wel vrouwen zal geen discriminatie uitmaken wanneer deze maatregel een legitiem doel nastreeft en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn²⁵². Andermaal speelt hier dus een variatie op hetzelfde rechtvaardigingsthema. De richtsnoeren die hierboven voor de andere hypothesen van onrechtstreekse discriminatie werden ontwikkeld, gelden ook hier. We beperken ons tot enkele aanvullende precedents met relevantie voor de problematiek van doelgroepenmaatregelen.

2.1 Legitieme doelstelling

Het Hof blijkt zich vrij soepel op te stellen bij de beoordeling van de doelstellingen die door de lidstaten worden aangevoerd ter rechtvaardiging van wetgeving die een *prima facie* onrechtstreekse geslachtsdiscriminatie inhoudt. De verwerende lidstaten dienen aan te tonen dat hun beleid gesteund is op een legitieme doelstelling van sociaal beleid²⁵³, maar het Hof heeft daarbij telkenmale onderstreept dat aan de lidstaten een ruime beoordelingsmarge toekomt wat betreft de aard van hun sociale maatregelen²⁵⁴.

Aangezien het Hof de bevordering van tewerkstelling en de bevordering van aanwerving van arbeidskrachten als een legitieme doelstelling van sociaal beleid erkend heeft²⁵⁵, zullen er zich op dit vlak normaalgezien geen problemen stellen wat betreft doelgroepenmaatregelen.

2.2 Geschiktheid

De geschiktheidseis houdt in dat de maatregel ertoe bijdraagt het vooropgestelde doel te verwezenlijken. Er moet dus een causaal verband zijn tussen de maatregel en het doel²⁵⁶. Hoewel er aan de lidstaten een grote beoordelingsmarge toekomt wat betreft de keuze van maatregelen ter verwezenlijking van hun doelstellingen, neemt het Hof dus geen genoegen met algemene en

²⁴⁹ Artikel 14, 2.

²⁵⁰ Artikel 3.

²⁵¹ Artikel 28, 1.

²⁵² Artikel 2, 1, b) Richtlijn 2006/54/EG.

²⁵³ Zie bijvoorbeeld HvJ C-385/11, *Isabel Elbal Morena*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 32.

²⁵⁴ HvJ C-229/89, *Commissie t. België*, Jur. 1991, I, 02205, § 22; HvJ C-226/91, *Molenbroek*, Jur. 1992, I, 05943, § 15; HvJ C-317/93, *Nolte*, Jur. 1995, I, 04625, § 33; HvJ C-167/97, *Seymour-Smith*, Jur. 1999, I, 00623, § 74; HvJ C-77/02, *Steinicke*, Jur. 2003, I, 09027, § 61; HvJ C-187/00, *Kutz-Bauer*, Jur. 2003, I, 02741, § 55.

²⁵⁵ HvJ C-167/97, *Seymour-Smith*, Jur. 1999, I, 00623, § 71; HvJ C-187/00 *Kutz-Bauer*, Jur. 2003, I, 02741, § 56; HvJ C-77/02, *Steinicke*, Jur. 2003, I, 09027, § 61;

²⁵⁶ HvJ C-123/10, *Brachner*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 76-83.

generaliserende uitspraken. Zo stelde het Hof in de zaak *Seymour-Smith*²⁵⁷ dat eenvoudige algemene verklaringen 'ten betoge' dat een bepaalde maatregel de aanwerving van arbeidskrachten bevordert, niet volstaan om aan te tonen dat de gekozen middelen geschikt waren ter bereiking van het vooropgestelde doel²⁵⁸.

Hieruit kan worden afgeleid dat de geschiktheidstest de verplichting inhoudt dat wanneer men in beleid wenst te differentiëren, men voldoende onderzoek moet verrichten naar de veronderstellingen waarop de differentiatie en dus het beleid gebaseerd is. Er moet immers nagegaan worden of deze veronderstellingen voldoende met de werkelijkheid overeenstemmen. Dit brengt op zijn beurt met zich mee dat de geschiktheidstoets concreet bewijsmateriaal vereist en dat de causaliteit tussen de maatregel en het vooropgestelde doel met concrete gegevens moet ondersteund worden²⁵⁹. Wat betreft een Vlaams doelgroepenbeleid betekent dit dat de Vlaamse overheid in staat zal moeten zijn om met concrete gegevens aan te tonen dat bijvoorbeeld het toekennen van een lastenverlaging of een aanstellingspremie effectief bijdraagt tot het bevorderen van de tewerkstelling van de geviseerde doelgroepen.

Wel is het zo dat het voor de verwerende lidstaat volstaat om aan te tonen dat ze er *redelijkerwijs* kon van uitgaan dat de middelen ter verwezenlijking van haar doel geschikt en noodzakelijk waren²⁶⁰. Dit betekent wellicht dat van zodra de lidstaat kan aantonen dat haar differentiërend beleid gestoeld is op concrete gegevens en doordachte redeneringen, ze in principe juridisch niet zal 'afgestraft' worden wanneer haar beleid naderhand toch niet zo effectief blijkt te zijn.

2.3 Noodzakelijkheid

Eens legitimiteit en geschiktheid verworven, dient in een laatste stap te worden aangetoond dat de maatregel ook noodzakelijk is om het vooropgestelde doel te bereiken. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat een maatregel noodzakelijk is wanneer kan worden vastgesteld dat het doel niet met andere, minder nadelige middelen kan verwezenlijkt worden²⁶¹. Ook hier weer geldt dat er aan de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid toekomt wat betreft de concrete uitvoeringsmodaliteiten²⁶² en dat het Hof het redelijkheidscriterium hanteert²⁶³.

Het Hof blijkt in de meeste gevallen niet echt een grondig onderzoek te voeren naar de proportionaliteit van een maatregel als een apart vereiste voor rechtvaardiging. Dat is ook te wijten aan het feit dat de meeste procedures prejudiciële vragen betreffen en het Hof de beoordeling overlaat aan de nationale rechter. Maar ook in het zeldzame geval van een rechtstreeks geschil waarin het Hof de zaak zelf volledig dient te behandelen, zoals in het arrest *Commissie t. België*, gaat het Hof niet erg diep in op de proportionaliteit van de maatregel.²⁶⁴

²⁵⁷ HvJ C-167/97, *Seymour-Smith*, Jur. 1999, I, 00623.

²⁵⁸ Ibid., § 76. Zie in dezelfde zin: HvJ C-171/88, *Rinner-Kühn*, Jur. 1989, 02743, § 14; HvJ C-187/00 *Kutz-Bauer*, Jur. 2003, I, 02741, § 58; HvJ C-77/02, *Steinicke*, Jur. 2003, I, 09027, § 64.

²⁵⁹ C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Gent, Larcier, 2004, 213-214.

²⁶⁰ HvJ C-317/93, *Nolte*, Jur. 1995, I, 04625, § 34; HvJ C-167/97, *Seymour-Smith*, Jur. 1999, I, 00623, § 76-77; HvJ C-187/00 *Kutz-Bauer*, Jur. 2003, I, 02741, § 58; HvJ C-77/02, *Steinicke*, Jur. 2003, I, 09027, § 64.

²⁶¹ HvJ C-457/93, *Lewark*, Jur. 1996, I, 00243, § 38; HvJ C-187/00 *Kutz-Bauer*, Jur. 2003, I, 02741, § 51; HvJ C-123/10, *Isabel Elbal Morena*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 35.

²⁶² Zie onder meer HvJ C-229/89, *Commissie t. België*, Jur. 1991, I, 02205, § 22; HvJ C-226/91, *Molenbroek*, Jur. 1992, I, 05943, § 15.

²⁶³ Zie onder meer: HvJ C-317/93, *Nolte*, Jur. 1995, I, 04625, § 34; HvJ C-77/02, *Steinicke*, Jur. 2003, I, 09027, § 64.

²⁶⁴ HvJ C-229/89, *Commissie t. België*, Jur. 1991, I, 02205. De zaak ging over de Belgische regeling van werkloosheidsuitkeringen die bij de berekening van deze uitkeringen voorzag in een voorkeursbehandeling voor de werklozen die als gezinshoofd een echtgenoot, concubant, verwant of kind zonder inkomen ten laste hebben. Omdat deze groep overwegend uit mannen bestond, was de Commissie van oordeel dat dit een indirecte discriminatie op grond van geslacht uitmaakte. Wat betreft de proportionaliteit, stelt het Hof zonder meer dat het voordeel niet verder gaat dan noodzakelijk omdat: "Uit het dossier blijkt, dat de toeslagen voor degenen die

4. Positieve discriminatie

Het Europese non-discriminatierecht bij de arbeid kent nog één transversale uitzondering op de diverse verboden van discriminatie. In uitvloeijing van uitdrukkelijke verdragsbepalingen en richtlijnbevestigingen die de lidstaten ruimte laten voor beleid van *positieve actie*, heeft het Hof van Justitie ook een beperkte ruimte gelaten voor rechtstreekse discriminatie als een vorm van *positieve discriminatie*. Een volledige analyse van deze optie overstijgt de grenzen van de opdracht.²⁶⁵ Maar de essentie kan als volgt worden samengevat.

Positieve discriminatie is beleidsdiscriminatie die er op gericht is om gelijkheid van kansen in resultaten om te zetten. Positieve discriminatie kan volgens een beperkte rechtspraak van het Hof, als afwijking op het normale verbod van discriminatie, per uitzondering geoorloofd zijn om te remediëren aan de achtergestelde situatie van een bepaalde groep op de arbeidsmarkt, dit wil zeggen door nadelen te voorkomen of te compenseren. Dergelijke maatregelen zijn dan legitiem in doel – ondanks hun discriminatoir karakter – omdat ze, “*hoewel schijnbaar discriminerend, in werkelijkheid de in de realiteit van het maatschappelijk leven bestaande feitelijke ongelijkheden beogen op te heffen of te verminderen*”²⁶⁶. Een nationale maatregel die, zoals de bestaande doelgroepenmaatregelen, als doel heeft om een bepaalde op de arbeidsmarkt ondervertegenwoordigde groep beter in staat te stellen op de arbeidsmarkt te concurreren en op voet van gelijkheid met anderen een loopbaan op te bouwen, werd dan ook als maatregel van positieve discriminatie beschouwd²⁶⁷. Het zij benadrukt dat het Hof vooralsnog alleen positieve seksdiscriminatie heeft moeten beoordelen.

Hoewel een maatregel van positieve discriminatie dus een ‘legitiem’ doel nastreeft, houdt deze nog altijd een afwijking in van gelijkheidsbeginsel en mag deze bijgevolg niet te verregaand zijn. Zo zijn harde quotaregelingen of maatregelen die absolute of onvoorwaardelijke voorrang geven aan de bevoordeelde groep naar Unierecht per definitie ongeoorloofd²⁶⁸. Sinds het arrest *Lommers* hanteert het Hof ook een strikte evenredigheidstoets. Zo stelde het Hof dat aangezien een maatregel van positieve actie een afwijking inhoudt van het recht op gelijke behandeling daarbij “*steeds het evenredigheidsbeginsel moet worden geëerbiedigd, op grond waarvan afwijkingen niet verder mogen gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel*”²⁶⁹.

De rechtvaardigingstoets ten aanzien van maatregelen van positieve discriminatie is per saldo dus analoog als wat hierboven in diverse andere gevallen werd ontwikkeld: specifieke legitieme doelstelling, geschiktheid en noodzakelijkheid. Maar de analogie is vooral conceptueel. Inhoudelijk blijkt het Hof (vooralsnog) zeer streng in het beoordelen van de criteria bij positieve discriminatie. Zo moet positieve discriminatie objectief aantoonbaar ingaan op die elementen die de achterstelling van de bevoordeelde groep mee veroorzaken. Positieve discriminatie die alleen discrimineert voor meer diversiteit is daarom niet geoorloofd. De techniek van de positieve discriminatie moet precies worden afgestemd op de noden van de achtergestelde groep en daaraan tegemoet komen, zonder daarbij dan verder te mogen gaan dan nodig is om het beleidsdoel te bereiken.

Tot slot weze beklemtoond dat het secundaire Europese non-discriminatierecht, met name de Kaderrichtlijn, een bijzondere bepaling voor positieve discriminatie bevat wat betreft *gehandicapten*.

samenwonen met een echtgenoot of met kinderen zonder inkomen, niet hoger zijn dan de lasten die de aanwezigheid van die personen redelijkerwijs meebrengt”.

²⁶⁵ Zie daarvoor M. De Vos, BEYOND FORMAL EQUALITY. POSITIVE ACTION UNDER DIRECTIVES 2000/43/EC AND 2000/78/EC, European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2007, 81 p.

²⁶⁶ HvJ C-312/86, *Commissie t. Frankrijk*, Jur. 1988, 06315, §15; HvJ C-450/93, *Kalanke*, Jur. 1995, I, 03051, § 18; HvJ C-409/95, *Marschall*, Jur. 1997, I, 06363, § 26; HvJ C-476/99, *Lommers*, Jur. 2002, I, 02891, § 32-34.

²⁶⁷ HvJ C-450/93, *Kalanke*, Jur. 1995, I, 03051, § 19; HvJ C-409/95, *Marschall*, Jur. 1997, I, 06363, § 27.

²⁶⁸ HvJ C-450/93, *Kalanke*, Jur. 1995, I, 03051, § 22; HvJ C-409/95, *Marschall*, Jur. 1997, I, 06363, § 32; HvJ C-158/97, *Badeck*, Jur. 2000, I, 01875, §27.

²⁶⁹ HvJ C-476/99, *Lommers*, Jur. 2002, I, 02891, § 39.

Hoewel de draagwijdte van die bepaling vatbaar is voor discussie, wordt veelal aangenomen dat de Europese wetgever bewust meer ruimte heeft gelaten voor gunstmaatregelen ten voordele van gehandicapten. Een precieze analyse hiervan overstijgt evenwel de grenzen van dit rapport.²⁷⁰

5. Conclusies

Waar doelgroepenmaatregelen in het vaarwater van voorwaardelijke Europese discriminatieverboden eindigen, zal de discussie er telkens één van rechtvaardiging zijn op basis van drie terugkerende en gelijklopende principes.

Legitieme doelstelling: Men kan zich beroepen op het feit dat doelgroepenmaatregelen de werkgelegenheid willen bevorderen. Ook maatregelen die een bepaalde op de arbeidsmarkt ondervertegenwoordigde groep beter in staat willen stellen op de arbeidsmarkt te concurreren, hebben een legitieme doelstelling. Daarnaast kan het nuttig zijn om een vereiste van 'werkelijke band' aan de basisfinaliteit van de maatregel te verbinden.

Geschiktheid: Louter algemene verklaringen volstaan niet om aan te tonen dat een maatregel geschikt is om het doel te bereiken. Een maatregel ter bevordering van de werkgelegenheid moet concreet aangetoond worden als een effectieve bijdrage tot het bevorderen van de werkgelegenheid. Wel hanteert het Hof het 'redelijkheidscriterium', waardoor het voor de verwerende lidstaat volstaat dat ze er redelijkerwijs mocht van uitgaan dat de maatregel geschikt en noodzakelijk was om het doel te bereiken. Het Hof blijkt ook relatief soepel bij de beoordeling van de rechtvaardigingsgrond van de werkelijke band.

Proportionaliteit: De maatregel mag niet te ruim geformuleerd zijn in die zin dat hij echt gericht is tot de beoogde categorie. Daarom wordt best vermeden iedereen 'over dezelfde kam scheren'. Het is bijvoorbeeld niet omdat *veel* ouderen problemen ervaren met het vinden van werk dat *alle* oudere personen dit ervaren. Het Hof stelt zich inschikkelijker op indien de maatregel een zekere flexibiliteit kent. Wanneer men zich beroept op de rechtvaardigingsgrond van de werkelijke band, moet men ervoor zorgen dat er voldoende mogelijkheden worden geboden om deze werkelijke band effectief vast te stellen. Een te exclusieve of absolute opvatting van de werkelijke band zal de evenredigheidstoets immers niet doorstaan.

De lezer zal willen opmerken dat de vraag van verenigbaarheid van doelgroepenmaatregelen die het discriminatierecht kruisen, derhalve **open** en **onzeker** is. Zij is open omdat de rechtvaardigingsoefening niet zwart/wit maar grijs is, met criteria die containerbegrippen zijn en die tot op bepaalde hoogte flexibel ingevuld kunnen worden en telkens speelruimte laten voor de rechter. Zij is onzeker omdat elk gebeurlijk geschil altijd volgens de concrete gegevens van het geval zal moeten beoordeeld worden. Het is absoluut denkbaar dat dezelfde doelgroepenmaatregel, afhankelijk van de situatie, geoorloofd of ongeoorloofd kan worden bevonden. Elke oordeel van rechtvaardiging van discriminatie is dus relatief. Daarenboven moet ook worden beseft dat één en dezelfde maatregel meerdere discriminatieverboden in het spel kan trekken. Dat is in het bijzonder het geval wanneer, vanuit het perspectief van onrechtstreekse discriminatie, de impact op potentiële doelgroepen wordt onderzocht. De rechtvaardiging ten aanzien van één doelgroep is daarbij niet noodzakelijk relevant voor de andere, en *vice versa*.

Met die onvermijdelijke beperkingen in het achterhoofd wordt het deel over discriminatierecht afgerond met een korte toepassing van het ontwikkelde referentiekader op bestaande doelgroepenmaatregelen.

²⁷⁰ Zie daarvoor M. De Vos, BEYOND FORMAL EQUALITY. POSITIVE ACTION UNDER DIRECTIVES 2000/43/EC AND 2000/78/EC, European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2007, 81 p.

Hoofdstuk IV: Illustratieve toepassing op bestaande doelgroepenmaatregelen

In dit onderdeel worden bestaande doelgroepenmaatregelen kort en illustratief getoetst aan het Europees non-discriminatierecht. De term 'doelgroepenmaatregel' impliceert dat de maatregel slechts wordt toegepast op een bepaalde categorie van personen. Wanneer de afbakening van de doelgroep rechtstreeks of onrechtstreeks gebeurt aan de hand van een door het Unierecht beschermd criterium dan zal er een rechtvaardiging vereist worden. Aangezien de doelgroepenmaatregelen gunstregelingen zijn, dient men eigenlijk een omgekeerde redenering te maken: de geviseerde doelgroep is de bevoordeelde groep, terwijl de categorie van personen die geen deel uitmaken van de doelgroep de benadeelden zijn.

Voorafgaandelijk weze benadrukt dat dit hoofdstuk alleen tot doel heeft de werkwijze voor argumentatie bij een rechtvaardigingsvraag toe te lichten. Er wordt geen exhaustieve analyse gemaakt van de bestaande types en methodes van doelgroepenbeleid. Er kan ook geen definitief uitsluitel worden bezorgd, gelet op het open en relatief karakter van de rechtvaardigingsvraag in het discriminatierecht. Daarenboven zijn eventuele concrete geschillen altijd te beoordelen volgens de merites van elke zaak.

Tot slot weze ook beklemtoond dat de redeneringen die hieronder worden uitgeschreven, *alleen bij wijze van illustratie en suggestie in telegramstijl worden ontwikkeld*, daarbij bepaalde elementen van doelstelling en effect vooronderstellend. Zoals hierboven is aangetoond, zal elk concreet dossier van rechtvaardiging van discriminatie evenwel een precieze en specifieke analyse vergen, zowel in termen van doelstellingen als in termen van effecten van maatregelen. Een dergelijke analyse kan uiteraard niet in dit rapport gebeuren.

1. Leeftijdsgebonden doelgroepen

§1. Oudere werknemers

De bestaande federale doelgroepenmaatregelen voorzien in een lastenverlaging voor werknemers vanaf 50 jaar die een bepaalde loonhoogte niet overschrijden en een lastenverlaging voor werknemers vanaf 57 jaar, ongeacht de loonhoogte.

Discriminatietoets: het is duidelijk dat deze maatregel een rechtstreeks onderscheid maakt op grond van leeftijd. Werknemers die de leeftijd van 50 of 57 jaar nog niet bereikt hebben, worden dus ongunstiger behandeld dan werknemers die deze leeftijdsgrens wel bereikt hebben.

Rechtvaardigingstoets:

Legitieme doel: doelgroepenmaatregel heeft als verondersteld doel het bevorderen van de tewerkstelling van oudere werknemers²⁷¹ om zo deze op de arbeidsmarkt ondervertegenwoordigde

²⁷¹ HvJ C-144/04, *Mangold*, Jur. 2005, I, 10013, § 60; HvJ C-411/05, *Palacios de la Villa*, Jur. 2007, I, 08531, § 64-65; HvJ C-88/08, *Hütter*, Jur. 2009, I, 05325, § 40-41; HvJ C-250/09, *Georgiev*, Jur. 2010, I, 11869, § 45; HvJ C-499/08, *Andersen*, Jur. 2010, I, 09343, § 30; HvJ C-159/10 en C-160/10, *Fuchs en Köhler*, [2011], voorlopig

groep beter in staat te stellen op de arbeidsmarkt te concurreren²⁷². Dit maakt onbetwistbaar een legitiem doel van sociaal beleid uit. Men zou ook kunnen verdedigen dat de maatregel (onrechtstreeks) als doel heeft oudere werknemers zo lang mogelijk aan het werk te houden, hetgeen wellicht ook als legitiem doel zou aanvaard worden.

Geschiktheid: met concrete gegevens aantonen dat de maatregel effectief een oplossing biedt of kan bieden voor het probleem dat men met de maatregel wil aanpakken²⁷³.

- Maatregel: door middel van een lastenverlaging (financiële stimulans) werkgevers aanmoedigen om oudere werknemers in dienst te nemen en te houden.
- Bewijs: aantonen dat de oudere werknemers een ondervertegenwoordigde groep zijn op de arbeidsmarkt en dat hun zwakke positie in relevante mate te wijten is aan het feit dat oudere werknemers de werkgever veel kosten:
 - o Er bestaan cijfergegevens over de positie van de oudere werknemers op de arbeidsmarkt;
 - o Doordat loonschalen gebaseerd zijn op anciënniteit zijn oudere werknemers inderdaad duurder voor een werkgever.

Noodzakelijkheid: aantonen dat het bevorderen van tewerkstelling van oudere werknemers (doel) niet met andere, minder discriminerende maatregelen kan bereikt worden.

- Belangenafweging: De maatregel houdt enkel een financiële stimulans in voor de werkgever om een oudere werknemer in dienst te nemen en te houden, er wordt dus geen absolute of onvoorwaardelijke voorrang gegeven aan oudere werknemers waardoor de maatregel geen “*excessieve inbreuk op de gerechtvaardigde aanspraken*” van andere werknemers uitmaakt²⁷⁴.
- Voldoende specifiek: de maatregel geldt voor alle oudere werknemers, ook wanneer ze reeds in dienst waren. Dit zou men kunnen rechtvaardigen door het gegeven dat alle oudere werknemers duur zijn voor een werkgever én dat het doel van de maatregel niet enkel is werkgevers stimuleren om oudere werknemers aan te nemen, maar ook om hen in dienst te houden.
- Flexibiliteit: de maatregel is niet beperkt in de tijd, maar dit zou verantwoord kunnen worden door het doel van de maatregel (oudere werknemers in dienst houden). De flexibiliteit zou eventueel wel kunnen gevonden worden in het feit dat de modaliteiten worden vastgelegd in een uitvoeringsbesluit (KB) i.p.v. een wet, waardoor de regeling makkelijker aan te passen is aan een gewijzigde arbeidsmarktsituatie.

enkel te consulteren op www.curia.eu, § 49; HvJ C-286/12, *Commissie t. Hongarije*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 62.

²⁷² HvJ C-450/93, *Kalanke*, Jur. 1995, I, 03051, § 19; HvJ C-409/95, *Marschall*, Jur. 1997, I, 06363, § 27.

²⁷³ Zie in die zin HvJ C-250/09, *Georgiev*, Jur. 2010, I, 11869, § 52; HvJ C-159/10 en C-160/10, *Fuchs en Köhler*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 58-59.

²⁷⁴ Zie in die zin HvJ C-411/05, *Palacios de la Villa*, Jur. 2007, I, 08531, § 73; HvJ C-45/09, *Rosenblatt*, Jur. 2010, I, 09391, § 73-76; HvJ C-159/10 en C-160/10, *Fuchs en Köhler*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 66.

§2. Doelgroepenmaatregelen voor jonge werknemers

2.1 Algemeen

Deze doelgroepenmaatregel houdt een lastenverlaging in voor de werkgever voor alle jongeren tussen 19 en 30 voor zover zij geen al te hoog loon ontvangen. Deze maatregel werd met ingang van 1 januari 2013 afgeschaft²⁷⁵.

Discriminatie-toets: het is duidelijk dat deze maatregel een rechtstreeks onderscheid maakt op grond van leeftijd. Werknemers die de leeftijd van 30 jaar overschreden, werden dus ongunstiger behandeld dan werknemers die wel binnen deze categorie vielen.

Rechtvaardigingstoets:

Legitieme doelstelling: bevordering van tewerkstelling (cf. supra).

Geschiktheid:

- Maatregel: financiële stimulans voor de werkgever om een jongere tussen 19 en 30 jaar aan te nemen.
- Bewijs: met concrete gegevens aantonen dat de jongere werknemers een ondervertegenwoordigde groep zijn op de arbeidsmarkt en dat hun zwakke positie in relevante mate te wijten is aan kostenfactoren. De kost zou eventueel kunnen liggen in het feit dat ze geen of weinig ervaring hebben en de werkgever dus nog moet 'investeren' in hun opleiding en begeleiding.

Noodzakelijk:

- Belangenafweging: doordat het enkel een stimulans uitmaakte voor de werkgever werd er geen absolute of onvoorwaardelijke voorrang gegeven aan jongere werknemers waardoor de maatregel geen "*excessieve inbreuk op de gerechtvaardigde aanspraken*" van andere werknemers uitmaakte.
- Voldoende specifiek: de maatregel was zeer algemeen: hij gold voor alle jongeren tussen 19 en 30 jaar met een laag loon. De maximale loonhoogte kan er eventueel wel op wijzen dat het om de zwakkere arbeidsmarktposities ging.
- Er was geen beperking in de tijd.

2.2 -19-jarigen

Discriminatie-toets: het is duidelijk dat deze maatregel een rechtstreeks onderscheid maakt op grond van leeftijd. Werknemers die de leeftijd van 19 jaar overschrijden, worden dus 'ongunstiger' behandeld dan werknemers die wel binnen deze categorie vallen.

Rechtvaardigingstoets:

Legitieme doelstelling: bevordering van tewerkstelling (cf. supra).

²⁷⁵ www.werk.belgië.be [geraadpleegd op 16 maart 2013].

Geschiktheid:

- Maatregel: financiële stimulans voor de werkgever om een -19-jarige aan te werven. Het gaat meer bepaald om deeltijds leerplichtige jongeren en jongeren tewerkgesteld met een leercontract of een inschakelingsovereenkomst.
- Bewijs: met concrete gegevens aantonen dat deze zeer jongere werknemers een zwakke positie hebben op de arbeidsmarkt en dat ze voor de werkgever een kost met zich meebrengen.
 - o Zwakke positie: het gaat om laaggeschoolde jongeren (deeltijdse leerplicht, leercontract, inschakelingsovereenkomst).
 - o Kost voor de werkgever: 'educatief' aspect van dergelijke tewerkstellingsvormen, hetgeen een extra kost kan meebrengen voor de werkgever.

Noodzakelijkheid:

- Belangenafweging: doordat het enkel een stimulans uitmaakt voor de werkgever wordt er geen absolute of onvoorwaardelijke voorrang gegeven aan deze jongere werknemers waardoor de maatregel geen "*excessieve inbreuk op de gerechtvaardigde aanspraken*" van andere werknemers uitmaakt.
- De maatregel is voldoende specifiek en is bovendien beperkt in de tijd: hij geldt maar tot en met 31 december van het jaar van de 18^e verjaardag van de jongere.

2.3 Laaggeschoolden

Discriminatie-toets: vooreerst maakt deze regel een rechtstreeks onderscheid op grond van leeftijd uit (19-26 jaar). Daarnaast kan het criterium 'laaggeschooldheid' een onrechtstreekse discriminatie inhouden: op grond van etniciteit gelet op de stratificatie in het onderwijs (evident), op grond van geslacht inhouden wanneer de groep laaggeschoolden uit aanzienlijk meer mannen dan vrouwen bestaat of omgekeerd (dit moet dan wel met statistisch materiaal worden vastgesteld).

Rechtvaardigingstoets:

Legitiem doelstelling: bevordering van tewerkstelling (cf. supra).

Geschiktheid:

- Maatregel: financiële stimulans (RSZ-vermindering en werkkuitkering) voor de werkgever om jonge laaggeschoolden, erg laaggeschoolden en laaggeschoolde jongeren van buitenlandse afkomst aan te werven.
- Bewijs: met concrete gegevens aantonen dat jonge (erg) laaggeschoolde werknemers die eventueel ook van buitenlandse afkomst zijn een zwakke positie hebben op de arbeidsmarkt en dat ze voor de werkgever een kost met zich meebrengen.
 - o Zwakke positie: hun jonge leeftijd en hun laaggeschooldheid maakt hen bijzonder kwetsbaar. Jongeren die daarenboven ook nog van buitenlandse afkomst zijn, hebben het extra moeilijk.
 - o Kost: de kost zou kunnen gevonden worden in het feit dat ze extra opleiding en begeleiding nodig hebben.

Noodzakelijkheid:

- Belangenafweging: een werkgever kan enkel de doelgroepenvermindering voor (erg) laaggeschoolden genieten indien hij zijn startbaanverplichting naleeft. De startbaanverplichting houdt in dat werkgevers met minstens 50 werknemers verplicht zijn om jongeren met een startbaanovereenkomst a rato van 3% van het personeelsbestand aan te werven. Dit houdt dus met andere woorden een 'harde quota' in, hetgeen door het Europees Hof in principe niet aanvaard wordt²⁷⁶. Los daarvan, stellen zich wellicht geen problemen met de RSZ-vermindering en werkuitkering zelf, omdat het opnieuw slechts een financiële stimulans is.
- Specifiek genoeg: door het criterium 'laaggeschooldheid' is de maatregel wellicht voldoende gericht op een specifieke categorie van personen die een zwakke positie hebben op de arbeidsmarkt.

2. Langdurig werkzoekenden

De verschillende maatregelen voor langdurig werkzoekenden bestaan uit een vermindering van de werkgeversbijdragen en eventueel een tussenkomst van de RVA of het OCMW in het te betalen nettoloon.

§1. Onrechtstreekse discriminatie - algemeen

Discriminatietoets: het criterium 'langdurig werklozen' is op zich een neutraal criterium, maar het kan wel onrechtstreeks een verschil in behandeling uitmaken wanneer de groep langdurig werkzoekenden een samenstelling kent waarin bepaalde van de doelgroepen van het discriminatierecht oververtegenwoordigd zijn ten aanzien van andere groepen. Dat is zo goed als zeker het geval met etniciteit en leeftijd – gelet op de gekende samenstelling van de langdurige werkloosheid op de Vlaamse arbeidsmarkt – en het kan eventueel ook zo zijn voor geslacht. Dit moet dan wel telkens met statistisch materiaal aangetoond worden.

Rechtvaardigingstoets:

Legitieme doelstelling: bevordering van tewerkstelling

Geschiktheid:

- Maatregel: financiële stimulans (RSZ-vermindering en werkuitkering) voor de werkgever om langdurig werkzoekenden aan te werven.
- Bewijs: met concrete gegevens aantonen dat langdurig werkzoekenden een zwakke positie hebben op de arbeidsmarkt en dat ze voor de werkgever een kost met zich meebrengen.
 - o Aantonen dat langdurig werkzoekenden de doelgroep bij uitstek is voor activeringsbeleid.
 - o Kost voor de werkgever: de kost zou kunnen verklaard worden doordat het in dienst nemen van een langdurig werkzoekende vaak een extra inspanning zal vereisen (opleiding, begeleiding, ...).

Noodzakelijkheid:

²⁷⁶ HvJ C-450/93, *Kalanke*, Jur. 1995, I, 03051, § 22; HvJ C-409/95, *Marschall*, Jur. 1997, I, 06363, § 32; HvJ C-158/97, *Badeck*, Jur. 2000, I, 01875, §27.

- Belangenafweging: opnieuw betreft het slechts een financiële stimulans voor de werkgever waardoor het wellicht geen al te ingrijpende maatregel uitmaakt of geen “excessieve inbreuk op de gerechtvaardigde aanspraken” van de ‘benadeelde’ groep betreft.
- Specifiek: deze nauwkeurig afgebakend. Er wordt een onderscheid gemaakt naargelang de leeftijd van de werkloze en de duur van zijn werkloosheid. Er wordt dus met andere woorden rekening gehouden met de ‘ernst van de situatie’.
- Tijdelijk karakter: de RSZ-vermindering en de tussenkomst in het nettoloon is steeds beperkt in de tijd waardoor wellicht niet kan gesteld worden dat de maatregel verder gaat dan noodzakelijk.

§2. Onrechtstreekse discriminatie: nationaliteit

Discriminatietoets: Deze doelgroepenmaatregel wordt toegekend aan werkgevers die een langdurig werkzoekende in dienst nemen.

- Artikel 2, § 1 van het KB van 19 december 2001²⁷⁷ stelt dat onder “werkzoekende” wordt verstaan, de niet-werkende werknemer die als werkzoekende is ingeschreven bij de gewestelijke dienst voor arbeidsbemiddeling. Dit kan beschouwd worden als een impliciete woonplaatsvereiste aangezien men zich in principe dient in te schrijven bij de publieke tewerkstellingsdienst van het gewest waar men gedomicilieerd is en verblijft. Men kan zich wel inschrijven als ‘vrije werkzoekende’ om toch beroep te kunnen doen op een aantal diensten²⁷⁸. Het is echter niet zeker of een dergelijke ‘vrije’ inschrijving volstaat om onder de doelgroepenmaatregel te vallen. Indien dit wel volstaat, dan kan dit als een loutere inschrijvingsvereiste beschouwd worden en is er wellicht geen sprake van onrechtstreekse nationaliteitsdiscriminatie²⁷⁹. Dient men echter wel op het Vlaams grondgebied te wonen om zich te kunnen inschrijven bij de VDAB, dan houdt dit wel een prima facie onrechtstreekse nationaliteitsdiscriminatie in. Uiteraard vergt dit wel, zoals aangegeven, een Uniedimensie in de persoon van een werkloze die van een andere lidstaat afkomstig is.
- Artikel 3 van het KB stelt een uitkeringsgerechtigde volledig werkloze gelijk met een werkzoekende. Ook dit houdt in de meeste gevallen een impliciete verblijfplaatsvereiste in aangezien men om uitkeringen te genieten zijn hoofdverblijfplaats in België moet hebben en er ook werkelijk moet verblijven.

Wanneer een nationale regeling het in aanmerking komen voor een bepaalde uitkering²⁸⁰ of een sociaal voordeel²⁸¹ (impliciet) koppelt aan een woon- of verblijfplaatsvereiste dan betreft dat volgens het Europees Hof een regeling die naar haar aard migrerende werknemers eerder kan treffen dan nationale werknemers.

Rechtvaardigingstoets:

- Het criterium ‘uitkeringsgerechtigde volledig werkloze’: het Hof heeft in de Belgische zaak *De Cuyper* erkend dat de verblijfsvoorwaarde bij een werkloosheidsuitkering gerechtvaardigd wordt door de noodzaak om toezicht uit te oefenen op de beroeps- en gezinssituatie van de

²⁷⁷ Koninklijk Besluit van 19 december 2001 tot bevordering van de tewerkstelling van langdurig werkzoekenden, B.S. 12 januari 2002.

²⁷⁸ <http://www.vdab.be/ontslag/inschrijving.shtml> [geraadpleegd op 17 maart 2013].

²⁷⁹ Conclusie advocaat-generaal E. Sharpston van 27 september 2012 in HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères*, [2012], voorlopig enkel te raadplegen via www.curia.eu, § 56.

²⁸⁰ HvJ C-326/90, *Commissie v. België*, Jur. 1992, I, 5517; C-111/91, *Commissie v. Luxemburg*, Jur. 1993, I, 817; HvJ gevoegde zaken C-45/92 en C-46/92, *Lepore en Scamuffa*, Jur. 1993, I, 6497; HvJ C-57/96, *Meints*, Jur. 1997, I, 6689; HvJ C-406/04, *De Cuyper*, Jur. 2006, I, 6947; HvJ C-228/07, *Petersen*, Jur. 2008, I, 6989.

²⁸¹ HvJ C-57/96, *Meints*, Jur. 1997, I, 6689; HvJ C-103/08, *Gottwald*, Jur. I-09117, § 28.

werklozen. Deze rechtvaardiging is bijgevolg gebaseerd op objectieve overwegingen van algemeen belang die losstaan van de nationaliteit van de betrokken personen. Minder beperkende maatregelen, zoals de overlegging van documenten of attesten, zouden er bijgevolg toe leiden dat de controle niet meer onverwacht is, en deze dus minder doeltreffend maken, zodat de betrokken maatregel geschikt is om het nagestreefde doel te verwezenlijken en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken²⁸².

- Het criterium 'als werkzoekende ingeschreven zijn bij de gewestelijke dienst voor arbeidsbemiddeling': (in de veronderstelling dat men op het Vlaams grondgebied moet gedomicilieerd zijn en verblijven)
 - o Legitieme doelstelling: doelgroepenmaatregelen zijn specifiek gericht op een bepaalde geografische arbeidsmarkt. Zo is een Vlaams doelgroepenbeleid logischerwijs afgestemd op de situatie van de Vlaamse arbeidsmarkt. Dit brengt met zich mee dat een dergelijk beleid onvermijdelijk een 'territoriale' component in zich zal hebben om een 'werkelijke band' tot stand te brengen tussen het beleid of de maatregel en de geografische arbeidsmarkt²⁸³.
 - o Geschiktheid en noodzakelijkheid:
 - Maatregel: financiële stimulans voor de werkgever om langdurig werklozen aan te werven.
 - Bewijs: aantonen dat het gebruikte criterium wel degelijk geschikt is om een werkelijke band te waarborgen, hetgeen betekent dat het criterium geschikt moet zijn om aan te tonen dat de begunstigde voldoende geïntegreerd is in de plaatselijke arbeidsmarkt. Indien de woonplaats een absolute voorwaarde is en er geen versoepeling bestaat voor grensarbeiders en migrerende werknemers, is dit geen geschikt criterium²⁸⁴. Door de te brede werking is een absolute woonplaatsvereiste ook niet proportioneel²⁸⁵.

3. Stagiairs (stagebonus)

De werkgever en werknemer ontvangen respectievelijk een stagebonus en een startbonus indien een jongere tijdens zijn deeltijdse leerplicht, in het kader van een alternerende opleiding, de praktijk aanleert of een werkervaring opdoet bij de werkgever.

Discriminatietoets: doordat er sprake is van 'deeltijdse leerplicht' maakt deze maatregel impliciet een rechtstreeks onderscheid op grond van leeftijd uit. Gelet op de stratificatie in het onderwijs, kan eventueel ook sprake zijn van een onrechtstreekse discriminatie op grond geslacht of etniciteit, vast te stellen op basis van statistische gegevens.

Rechtvaardigingstoets:

²⁸² HvJ C-406/04, *De Cuyper*, Jur. 2006, I, 6947

²⁸³ HvJ C-224/98, *D'Hoop*, Jur. 2002, I, 6191; HvJ C-138/02, *Collins*, Jur. 2004, I, 2703; HvJ C-258/04, *Ioannidis*, Jur. 2005, I, 8275; HvJ C-406/04, *De Cuyper*, Jur. 2006, I, 6947; HvJ C-287/05, *Hendrix*, Jur. 2007, I, 6909; HvJ C-499/06, *Nerkowska*, Jur. 2008, I, 3993; HvJ C-103/08, *Gottwald*, Jur. I-09117; HvJ C-367/11, *Prete*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu.

²⁸⁴ HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, §53.

²⁸⁵ Conclusie advocaat-generaal E. Sharpston van 27 september 2012 in HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères*, [2012], voorlopig enkel te raadplegen via www.curia.eu.

Legitieme doelstelling: het bevorderen voor jongeren van de toegang tot de arbeidsmarkt is een legitieme doelstelling van sociaal beleid²⁸⁶.

Geschiktheid:

- Maatregel: door middel van een premie (financiële stimulans) werkgevers aanmoedigen om 'stagiairs' in dienst te nemen en de jongeren aanmoedigen werkervaring op te doen om zo hun intrede op de arbeidsmarkt te vergemakkelijken.
- Bewijs: aantonen dat de jongeren moeilijk toegang krijgen tot de arbeidsmarkt en dat werkgevers minder geneigd zijn om stagiairs in dienst te nemen zonder financiële stimulans.
 - o Zwakke positie: het gaat om laaggeschoolde jongeren.
 - o Stimulans voor de werkgever: educatief aspect van de tewerkstelling. De opleiding en begeleiding brengen een extra inspanning voor de werkgever mee.

Noodzakelijkheid: de maatregel gaat niet verder dan noodzakelijk omdat:

- De maatregel zeer goed is afgebakend: het gaat om een welbepaalde categorie van jongeren;
- De maatregel beperkt is in de tijd: men kan de bonus maar genieten voor maximum 3 opleidingsjaren die zich daarenboven binnen eenzelfde opleidingscyclus moeten situeren.

²⁸⁶ HvJ C-144/04, *Mangold*, Jur. 2005, I, 10013, § 60; HvJ C-411/05, *Palacios de la Villa*, Jur. 2007, I, 08531, § 64-65; HvJ C-88/08, *Hütter*, Jur. 2009, I, 05325, § 40-41; HvJ C-250/09, *Georgiev*, Jur. 2010, I, 11869, § 45; HvJ C-499/08, *Andersen*, Jur. 2010, I, 09343, § 30; HvJ C-159/10 en C-160/10, *Fuchs en Köhler*, [2011], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 49; HvJ C-286/12, *Commissie t. Hongarije*, [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, § 62.

DEEL III: DOELGROEPENMAATREGELEN EN HET EU VRIJ VERKEER

INLEIDING EN STRUCTUUR

Na de analyse over de verhouding tussen doelgroepenmaatregelen en de Europese regels voor staatssteun enerzijds (Deel I) en die voor non-discriminatie anderzijds (Deel II), rest ons een laatste groot leerstuk uit de opdracht: de mogelijke interactie tussen doelgroepenmaatregelen en de beginselen van vrij verkeer in de Europese interne markt.

De Europese interne markt wordt gekenmerkt door zowel *vrij verkeer* van goederen, als vrij verkeer van productiefactoren (arbeidskrachten en kapitaal). Het idee achter een dergelijke gemeenschappelijke markt is dat door vrij verkeer van de productiefactoren een optimale allocatie van arbeid en kapitaal mogelijk is, wat dan weer de basis legt voor toenemende en gedeelde welvaart binnen Europa.²⁸⁷ Deze fundamentele gedachte van integratie op economisch vlak is de achtergrond van een opmerkelijke ontwikkeling in het Europese recht, waarbij het Hof van Justitie nationale maatregelen op de rooster van het recht van de interne markt legt, niet alleen wanneer zij een vorm van nationaliteitsdiscriminatie uitmaken (Deel II), maar ook wanneer zij – zonder discriminatoir te zijn – een **obstakel** vormen voor het vrij verkeer binnen Europa. In de filosofie van brede economische integratie zijn dergelijke obstakels immers intrinsiek-problematisch, ook wanneer ze niet discriminatoir zouden zijn.

Dit deel begint met een korte afbakening van de werkingssfeer van de regels voor vrij verkeer (Hoofdstuk I) en vervolgt met een inleiding tot de algemene begrippen rond de “obstakeltheorie” (Hoofdstuk II). Vervolgens wordt breder stilgestaan bij de positie van doelgroepenmaatregelen als mogelijke obstakels, en bij hun rechtvaardiging (Hoofdstuk III).

²⁸⁷ C., BARNARD, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, 2010, oxford press, New York, 9 en 264; A.P., VAN DER MEI, *Free Movement of Persons Within the European Community: Cross-Border Access to social benefits*, Oxford, Hart publishing, 2003, 23

Hoofdstuk I: De werkingssfeer van het Europese marktrecht

1. Materieel toepassingsgebied: situering

§1. Beginselen

Doelgroepenbeleid is er op gericht om bepaalde doelgroepen te ondersteunen en dus te beïnvloeden op de arbeidsmarkt. Omdat doelgroepenmaatregelen interfereren, kunnen ze in aanvaring komen met het verkeer van personen dat “vrij” moet zijn volgens de regels van de Europese interne markt. Onder “personen” wordt in deze context verstaan het vrij verkeer van werknemers, vrij verkeer van diensten, en vrijheid van vestiging van natuurlijke personen.²⁸⁸ Omdat doelgroepenbeleid vaak bestaat uit het toekennen van voordelen aan werknemers, of aan bedrijven die werknemers in dienst nemen die voldoen aan de doelgrocpencriteria, zijn voornamelijk de regels inzake vrij verkeer van werknemers en vrij verkeer van diensten relevant. Vrijheid van vestiging is dat in mindere mate, enerzijds omdat vrijheid van vestiging van natuurlijke personen slaat op zelfstandigen, die niet kunnen genieten van doelgroepenmaatregelen, anderzijds omdat in het kader van vrijheid van vestiging van rechtspersonen doelgroepenmaatregelen en hun modaliteiten geen obstakel zullen vormen.

De primaire verdragsbepaling met betrekking tot het vrij verkeer van *werknemers* is artikel 45 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). Dit artikel leest als volgt:

“Het verkeer van werknemers binnen de Unie is vrij. Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden. Het houdt behoudens de uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid gerechtvaardigde beperkingen het recht in om, a) in te gaan op een feitelijk aanbod tot tewerkstelling; b) zich te dien einde vrij te verplaatsen binnen het grondgebied der lidstaten; c) in een der lidstaten te verblijven teneinde daar een beroep uit te oefenen overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen welke voor de tewerkstelling van nationale werknemers gelden; d) op het grondgebied van een lidstaat verblijf te houden, na er een betrekking te hebben vervuld, overeenkomstig de voorwaarden die zullen worden opgenomen in door de Commissie vast te stellen verordeningen. De bepalingen van dit artikel zijn niet van toepassing op de betrekkingen in overheidsdienst.”

De verdragsbepalingen inzake vrij verkeer van werknemers werden verder uitgewerkt in secundaire Unierecht. Het belangrijkste zijn verordening 1612/68 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap en richtlijn 2004/38 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden.

Artikelen 56 en 57 VWEU zijn de relevante primaire verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van *diensten*. Artikel 56 stelt:

“In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een

²⁸⁸ Ook het vrij verkeer van EU-burgers valt eronder. Omdat de bepalingen inzake vrij verkeer van economisch actieve personen een specifieke uitdrukking zijn van het vrij verkeer van EU-burgers, hebben deze bepaling voorrang. Omdat doelgroepenbeleid altijd gaat over economisch actieve personen wordt het vrij verkeer van EU-burgers niet als dusdanis besproken.

andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht. Het Europees Parlement en de Raad kunnen, volgens de gewone wetgevingsprocedure, de bepalingen van dit hoofdstuk van toepassing verklaren ten gunste van de onderdanen van een derde staat die diensten verrichten en binnen de Unie zijn gevestigd. Artikel 57 stelt: "In de zin van de Verdragen worden als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. De diensten omvatten met name werkzaamheden: a) van industriële aard, b) van commerciële aard, c) van het ambacht, d) van de vrije beroepen. Onverminderd de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging, kan degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke die lidstaat aan zijn eigen onderdanen oplegt."

Het is vaststaande rechtspraak van het Europees het Hof van Justitie dat deze primaire verdragsbepalingen verticale rechtstreekse werking hebben. Dit houdt in dat particulieren er zich rechtstreeks, voor de nationale rechter, op kunnen beroepen ten aanzien van hun overheid.²⁸⁹ Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat deze bepalingen horizontale directe werking hebben, wat inhoudt dat particulieren zich rechtstreeks op deze bepalingen kunnen beroepen ten aanzien van andere particulieren, bijvoorbeeld bij tewerkstelling tussen werkgevers en werknemers, of tussen bedrijven onderling.²⁹⁰

§2. Algemene draagwijdte

Werknemers en kandidaat-werknemers hebben op grond van artikel 45 VWEU het recht om zich vrijelijk te verplaatsen binnen het grondgebied van de lidstaten om in te gaan op een aanbod van tewerkstelling, daar te verblijven, daar te werken, daar van werk te veranderen, daar nieuw werk te zoeken, enz.: het vrij verkeer van werknemers beslaat de hele potentiële tijdslijn van een werknemersrelatie, van de wieg tot het graf. Werkgevers hebben in spiegelbeeld het recht werknemers van alle lidstaten aan te werven en tewerk te stellen. Het vereiste van een verkeer dat "vrij" is, speelt daarbij aan twee kanten: zowel tegen regelgeving van de staat van herkomst, als ten aanzien van regulering in de ontvangstaat of gaststaat.

Het vrij verkeer van diensten is dan weer een concept dat vele ladingen dekt. Het voorziet eerst en vooral in de vrijheid voor dienstenleveranciers om zelf, via overschrijding van landsgrenzen, diensten gaan leveren en aanbieden in andere lidstaten dan die waar zij gevestigd zijn. Het Hof heeft echter het vrij verkeer van diensten ook toegepast in de situatie waar de dienstenleverancier zich niet in het intracommunautair verkeer begeeft, maar de ontvanger dit doet. Het Hof oordeelde dat wanneer particulieren zich in de gemeenschappelijke markt begeven, met als doel diensten te genieten, zij beschermd moeten worden door artikel 56 VWEU.²⁹¹ Tot slot zijn de bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten ook van toepassing wanneer noch dienstverlener, noch dienstontvanger zich bewegen in

²⁸⁹ Het Europees het Hof van Justitie besloot tot de verticale directe werking van artikel 45 VWEU de zaak Van Duyn (HvJ C41/74, *Yvonne Van Duyn v. Home office*) en kwam in de zaak Van Binsbergen (HvJ C33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*) tot dezelfde conclusie voor artikelen 56 en 57 VWEU en in de zaak Reyners (HvJ C02/74, *Jean Reyners v Belgian State*) tot die conclusie voor artikel 49 VWEU. Alle geciteerde rechtspraak van het Europees het Hof van Justitie, alsook de conclusies van advocaat-generaal kunnen gevonden worden op <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>

²⁹⁰ Bijvoorbeeld: HvJ C 36/74, *B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale*, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie and Federación Española Ciclismo; HvJ C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*.

²⁹¹ HvJ samengevoegde zaken 286/82 en 26/83, *Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro*

het communautair verkeer, maar de dienst zelf als het ware beweegt in het intracommunautair verkeer.²⁹² Dit is het geval voor dienstverlening met behulp van telecommunicatiemiddelen.

2. Personeel toepassingsgebied: vrij verkeer van werknemers

Het Hof van Justitie hanteert een tweeledige test om te bepalen of de regels inzake het vrij verkeer van werknemers ingang vinden. De eerste, formele test is of een arbeidskracht gekwalificeerd kan worden als een werknemer. De tweede, substantiële test, analyseert of de aard en de kwaliteit van het werk voldoende zijn om te besluiten dat de werknemer gebezigd is in een effectieve en werkelijke activiteit als werknemer.²⁹³ Uiteindelijk dienen de nationale hoven en rechtbanken deze test toe te passen, maar het Hof heeft in ruime mate aangewezen op welke mate dat dient te gebeuren.

In **de formele test** analyseert het Hof drie criteria die het uiteenzette in de zaak *Lawrie-Blum*. Het Hof stelde: "Het begrip "werknemer" heeft in het kader van de bepalingen inzake vrij verkeer een autonome communautaire betekenis, en mag niet restrictief worden uitgelegd."²⁹⁴ Het Hof oordeelde ook dat werkzoekenden beschouwd moeten worden als "werknemers" in het kader van het vrij verkeer.²⁹⁵ Verder bepaalde het Hof dat: "het hoofdkenmerk van de arbeidsverhouding is dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt."²⁹⁶ De vereisten in *Lawrie-Blum* kunnen ook als volgt gekaderd worden: is de arbeidskracht gebezigd in een economische activiteit, in het kader van een gezagsrelatie? Het Hof van Justitie vult bij deze het vereiste van economische activiteit extensief in. De context binnen die gearbeid wordt is niet relevant.²⁹⁷ Zo oordeelde het Hof dat sportbeoefening onder het Unierecht valt in zoverre zij een economische activiteit vormt.²⁹⁸ Dit is het geval voor de activiteit van beroeps- of semi-beroepsvoetballers, daar dezen een werkzaamheid in loondienst uitoefenen of bezoldigde diensten verrichten.²⁹⁹

Ook het nationaalrechtelijk *sui generis* karakter van een arbeidsbetrekking, of publiek karakter van een betrekking verzetten zich niet tegen een kwalificatie tot werknemer. Zelf wanneer dergelijke publieke arbeidsbetrekking een stagecontract is.³⁰⁰ Het Hof is slechts zelden bereid te aanvaarden dat een bepaalde activiteit geen economische activiteit kan uitmaken. Een zeldzame uitzondering vormde de zaak *Betray*, waar het Hof stelde dat tewerkstelling die enkel gericht is op integratie op de arbeidsmarkt, waarbij de arbeid geen plaats zou hebben kunnen vinden buiten het integratieproject geen werkelijke en effectieve economische activiteit inhoudt.³⁰¹ Het Hof geeft dus enerzijds aan dat

²⁹² HvJ C-384/93, *Alpine Investments BV v Minister van Financiën*.

²⁹³ R. C. A., WHITE, *Workers, establishment and services in the European Union*, New York, Oxford University Press, 2004, 32.

²⁹⁴ HvJ C66/85, *Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg*, paragraaf 16 en 17

²⁹⁵ HvJ C-85/96, *María Martínez Sala v Freistaat Bayern*; HvJ C-138/02, *Brian Francis Collins v Secretary of State for Work and Pensions*

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ Met betrekking tot sport, zie HvJ C 36/74, *B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie and Federación Española Ciclismo* en HvJ C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman*; met betrekking tot prostitutie zie HvJ C-268/99, *Aldona Malgorzata Jany and Others v Staatssecretaris van Justitie*; met betrekking publieke betrekkingen zie HvJ C-109/04, *Karl Robert Kranemann v Land Nordrhein-Westfalen*

²⁹⁸ HvJ C 36/74, *B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie and Federación Española Ciclismo*

²⁹⁹ HvJ C-13/76, *Gaetano Donà v Mario Mantero*; HvJ C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman*

³⁰⁰ HvJ C-109/04, *Karl Robert Kranemann v Land Nordrhein-Westfalen*

³⁰¹ HvJ C-344/87, *I. Betray v Staatssecretaris van Justitie*

bijzonder breed aantal activiteiten potentieel economische activiteiten kunnen uitmaken. Anderzijds stelt het Hof dat een activiteit, slechts een economische activiteit uitmaakt indien ze plaatsgrijpt binnen de marktcontext, en er dus een *quid pro quo* is. Het Hof interpreteert het vereiste van dergelijke vergoeding echter breed. In de zaak *Kranemann* oordeelde ze dat “noch de geringe hoogte van de beloning, noch de herkomst van de middelen waaruit deze wordt betaald, gevolgen hebben voor de hoedanigheid van werknemer in de zin van het Unierecht”.³⁰² Het Hof van Justitie bevestigde de beperkte relevantie van de hoegrootte van remuneratie in het arrest *Trojani*, waar het oordeelde dat zelf een arbeidsverhouding die hoofdzakelijk gericht is op integratie van de persoon op de arbeidsmarkt, en waarbij de remuneratie beperkt is tot kost en inwonen en een beperkte hoeveelheid zakgeld, in principe een kwalificatie als werknemer niet in de weg staat.³⁰³

De tweede, **substantiële test** analyseert of de economische activiteit marginaal of ondergeschikt. Het Hof heeft de begrippen marginaal en ondergeschikt in dit verband restrictief geïnterpreteerd.³⁰⁴ Zelf indien de prestaties slecht op een deeltijdse basis worden uitgevoerd, en slecht geremunereerd worden, zullen de prestaties niet van dien aard zijn dat zij marginaal of ondergeschikt zijn.³⁰⁵ Het Hof heeft aangegeven, dat het remuneratiecriterium enkel speelt om te bepalen of er economische activiteit is. Eenmaal het Hof in het kader van de formele test tot de conclusie is gekomen dat er sprake is van remuneratie, speelt dit criterium niet meer in de substantiële test. Zelf indien er slechts sprake is van een overeenkomst met een oproepkracht, waarbij niet gegarandeerd wordt dat daadwerkelijk diensten zullen geleverd worden, is het Hof niet bereid te besluiten dat dit een marginale of ondergeschikte economische activiteit uitmaakt. Geconfronteerd met een dergelijk geval in de zaak *Raulin*, stelde het Hof dat het aan de nationale rechter is om te besluiten of dergelijke activiteit marginaal of ondergeschikt is.³⁰⁶

3. Personeel toepassingsgebied: vrij verkeer van diensten

Artikel 57 VWEU geeft voorbeelden van welke diensten vallen onder het vrij verkeer. Het Hof van Justitie heeft aangegeven dat dit slechts een exemplarische lijst is. In opeenvolgende rechtspraak heeft zij steeds meer economische activiteiten aangemerkt als diensten.³⁰⁷ Op grond van de evolutie in de rechtspraak kunnen we dan ook stellen dat iedere economische activiteit een dienst kan uitmaken.

Opdat men zich zou kunnen beroepen op het vrij verkeer van diensten moet de economische activiteit bestaan uit het presteren van een dienst. Bovendien mag die dienst slechts tijdelijk worden uitgeoefend en de dienstverlener moet worden geremunereerd.³⁰⁸ Het verstrekken van diensten leidt slechts tot de toepassing van de regelen inzake vrij verkeer indien aan die 2 voorwaarden cumulatief is voldaan. Het vereiste van remuneratie houdt in dat er een rechtstreekse economische band moet bestaan tussen de dienstverlener en de ontvanger van de diensten.³⁰⁹ Indien dergelijke rechtstreekse economische band bestaat, is aan het remuneratiecriterium voldaan. Noch de hoegrootte van de

³⁰² HvJ C-109/04, *Karl Robert Kranemann v Land Nordrhein-Westfalen*

³⁰³ HvJ C-456/02, *Michel Trojani v Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*

³⁰⁴ C., BARNARD, *EC employment law*, 2006 Oxford University press, New York, 173; C., BARNARD, *The substantive law of the EU the four freedoms*, 2010, oxford press, New York, 264, en verwijzingen naar rechtspraak aldaar.

³⁰⁵ HvJ C-139/85, *R. H. Kempf v Staatssecretaris van Justitie*, HvJ, C-53/81, *D.M. Levin v Staatssecretaris van Justitie*

³⁰⁶ HvJ C-357/89, *V. J. M. Raulin v Minister van Onderwijs en Wetenschappen*

³⁰⁷ Zie onder meer HvJ samengevoegde zaken 286/82 en 26/83, *Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro*; HvJ C-155/73 *Giuseppe Sacchi*; HvJ Samengevoegde zaken C-34/95, C-35/95 and C-36/95, *Konsumentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Förlag AB and TV-Shop i Sverige AB*; HvJ C-279/80, *Criminal proceedings against Alfred John Webb*, HvJ C-3/95, *Reisebüro Broede v Gerd Sandker*

³⁰⁸ Artikel 56 VWEU

³⁰⁹ HvJ C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan and others*

remuneratie, noch het nastreven van winst van de dienstverlener is daarbij relevant. Het Hof heeft erop gewezen dat het remuneratievereiste er enkel op gericht is gratis diensten te weren uit het toepassingsgebied van het vrij verkeer van diensten.³¹⁰

Het moet ook gaan om tijdelijke diensten. Dit is wat vrij verkeer van diensten onderscheidt van vrijheid van vestiging. Het Hof van Justitie heeft in dat kader opgemerkt dat het tijdelijk karakter van activiteiten bepaald dient te worden in het licht van de zowel de duur van de diensten als de regelmaat, periodiciteit, en continuïteit van de diensten.³¹¹ Indien diensten geleverd worden met een zekere regelmaat, en er continuïteit is in de dienstverlening kunnen de regels inzake vrij verkeer van diensten niet toegepast worden. De regels van vrijheid van vestiging vinden dan wel eventueel ingang. Het Hof bekijkt dit op een case-by-case basis.

4. Noodzakelijke Unie-dimensie

De verdragsbepalingen van vrij verkeer van werknemers of diensten kunnen *“niet worden toegepast op zuiver interne aangelegenheden van een lidstaat, dat wil zeggen op situaties waarbij iedere band met door het Unierecht beoogde situaties ontbreekt.”*³¹² De Uniebepalingen inzake vrij verkeer zijn niet aan de orde wanneer er geen link is met het Unierecht, m.a.w. indien het louter lidstaatinterne discriminatie of obstakels zijn. Dit vereiste van communautaire of Unie-dimensie vloeit voort uit de verdeling van bevoegdheden tussen de lidstaten en de Europese unie.³¹³

Wanneer er geen link is met het Unierecht, en de zaak zich dus volstrekt afspeelt in één lidstaat moet de zaak worden opgelost binnen het wettelijk kader van de betrokken lidstaat. Of een bepaalde situatie louter intern is en dus geen band vertoont met het unierecht is niet altijd eenvoudig in te schatten. Het Hof erkent bijvoorbeeld een grensoverschrijdende dimensie en aanknopingspunt met het Unierecht, ook wanneer de effectieve mobiliteit van verkeer tussen twee lidstaten al lang geleden was, zelfs van de generatie van de ouders.³¹⁴ Anderzijds heeft het Hof ook geoordeeld dat louter de mogelijkheid dat een maatregel hypothetisch het vrij verkeer van een persoon in de toekomst zou beperken niet voldoende is om een link met de het Unierecht op te leveren.³¹⁵

Het vereiste van een link met het Unierecht kan leiden tot zogenaamd *“reverse discrimination”*. *“Reverse discrimination”* slaat op het concept dat staatsburgers die geen link vertonen met het Unierecht minder gunstig behandeld kunnen worden dan onderdanen uit andere lidstaten van de unie en burgers die hun recht op vrij verkeer wel hebben uitgeoefend. Het Unierecht verzet zich niet daartegen. Zo oordeelde het Hof bijvoorbeeld in de zaak *Vlaamse zorgverzekering*:³¹⁶ Vlaanderen

³¹⁰ HvJ, C-281/06, *Hans-Dieter Jundt and Hedwig Jundt v Finanzamt Offenburg*

³¹¹ HvJ C-55/94, *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*

³¹² HvJ C-153/78, *The Queen v Vera Ann Saunders* § 11

³¹³ P., VAN ELSUWEGE, “Free movement of persons and ‘purely internal situations’: in search of a new balance” Working Paper Annual Legal Research Network Conference 2009, online beschikbaar op <https://biblio.ugent.be/input/download?func=downloadFile&recordId=956301&fileId=956304>

³¹⁴ HvJ C-148/02, *Carlos Garcia Avello v Belgian State*. In casu werd de aanknopingspunt met het gemeenschapsrecht aanvaard in het geval van de kinderen van Garcia Avello, onderdanen van een lidstaat die sinds hun geboorte legaal op het grondgebied van een andere lidstaat verblijven en daarvan ook de nationaliteit hebben (dubbele nationaliteit).

³¹⁵ HvJ C-180/83, *Hans Moser v Land Baden-Württemberg*; HvJ C-299/95, *Friedrich Kremzow v Republik Österreich*

³¹⁶ HvJ C-212/06, *Government of the French Community and Walloon Government v Flemish Government*: “Enerzijds heeft de toepassing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling onder meer tot gevolg dat van de zorgverzekering zijn uitgesloten Belgische staatsburgers die een beroepsactiviteit uitoefenen in het Nederlandse taalgebied of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, maar in het Franse of het Duitse taalgebied wonen en nooit gebruik hebben gemaakt van het vrije verkeer van binnen de Europese Gemeenschap. Vaststaat echter dat het Unierecht niet kan worden toegepast op dergelijke zuiver interne situaties. Anderzijds kan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling ook tot gevolg hebben dat van de

mag burgers uit andere lidstaten, en ook Belgische staatsburgers die een link toonden met het EU recht, omdat ze hun recht op vrij verkeer hadden uitgeoefend, niet discrimineren. Maar de bepalingen betreffende vrij verkeer verzetten zich niet tegen de uitsluiting van het toepassingsgebied van de Vlaamse zorgverzekering van Belgische staatsburgers die hun woonplaats niet hadden in Vlaanderen, en die hun recht op vrij verkeer niet hadden uitgeoefend.

5. Toepassing en conclusie

De verdragsartikelen inzake vrij verkeer dekken het geheel van de economische activiteit die ontwikkeld wordt in lidstaten.³¹⁷ Indien een persoon zich begeeft in het EU-verkeer om een economische activiteit te ontwikkelen zal hij dan ook beschermd worden door de bepalingen inzake het vrij verkeer van werknemers of diensten, of vrijheid van vestiging naargelang de context. De rechtspraak van het Hof doet besluiten dat het Hof geneigd is zoveel mogelijk bestaande arbeidsverhoudingen binnen de werkingssfeer van het vrij verkeer van werknemers te brengen. Bovendien kunnen de regelen inzake vrij verkeer van werknemers telkens ook door de wederpartij-“werkgever” ingeroepen worden.³¹⁸

De arbeidsrelatie die de voorschriften van het vrij verkeer van toepassing maakt, is een breed Europees concept dat niet beperkt blijft tot de klassieke arbeidsovereenkomst naar Belgisch recht. Het recht van het vrij verkeer van werknemers is aldus potentieel van toepassing op een waaier van samenwerkingsverbanden waarvoor doelgroepenmaatregelen ontwikkeld kunnen worden, ook al zijn die geen klassiek arbeidsovereenkomst.

Door stelselmatige uitbreiding van haar materieel toepassingsgebied is ook het vrij verkeer van diensten een bijzonder breed concept. Het beschermt zowel particulieren die binnen de gemeenschappelijk markt diensten willen genieten, als dienstverleners die binnen de gemeenschappelijke markt diensten willen verstrekken. Het begrip diensten heeft het Hof in deze context geïnterpreteerd als alle economische activiteiten, die tijdelijk en voor remuneratie worden gepresteerd. Concreet betekent dit dat zowel Belgische bedrijven die klant (willen) zijn van buitenlandse bedrijven, zowel als die buitenlandse bedrijven zelf, zich kunnen beroepen op de beginselen van het vrije verkeer van diensten ten aanzien van met name doelgroepenmaatregelen, en dat zowel in de hypothese dat de dienstverlener zelf personeel meebrengt, geen personeel meebrengt of hier personeel wil aanwerven.

Nu duidelijk is dat de regels van vrij verkeer snel aan de orde kunnen zijn bij economische relaties met een Unie-dimensie, kan worden ingegaan op de kern van de problematiek: de vaststelling dat doelgroepenregels, ook wanneer zij geen enkele discriminatie op grond van nationaliteit of herkomst herbergen, toch een problematisch “obstakel” voor vrij verkeer kunnen zijn.

zorgverzekering worden uitgesloten werknemers of zelfstandigen die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, namelijk zowel staatsburgers van andere lidstaten dan het Koninkrijk België die een beroepsactiviteit uitoefenen in het Nederlandse taalgebied of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad maar op een ander deel van het nationale grondgebied wonen, als Belgische staatsburgers die zich in dezelfde situatie bevinden en gebruik hebben gemaakt van het recht van vrij verkeer.”

³¹⁷ HvJ C-452/04, *Fidium Finanz AG v Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* § 32

³¹⁸ HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères Sàrl v Directeur de l'Administration de l'emploi*

Hoofdstuk II. Vrij verkeer en de obstakeltheorie

1. Elk potentieel obstakel is a priori verdacht

Oorspronkelijk was vrij verkeer een concept dat geënt was op discriminatie. Artikel 45 VWEU voorziet dat vrij verkeer van werknemers de afschaffing van nationaliteitsdiscriminatie tussen onderdanen van EU lidstaten inhoudt. Ook artikel 56 VWEU was geënt op nationaliteitsdiscriminatie, en werd oorspronkelijk als dusdanig geïnterpreteerd.³¹⁹ De tekst van de verdragen is echter het voorwerp geweest van uitgebreide rechtspraak die het toepassingsgebied van de bepalingen inzake vrij verkeer sterk heeft uitgebreid. Het Hof heeft daarbij de analyse aangepast, en hanteert nu de obstakeltheorie, een theorie die in wezen gebaseerd op het concept van *toegang tot de markt*.³²⁰ Zowel natuurlijke personen, als rechtspersonen moeten zich kunnen bewegen in de gemeenschappelijke markt om te komen tot een optimale allocatie van productiefactoren. Dit doel vereist niet enkel de afschaffing van discriminatoire regelgeving, maar ook de afschaffing van alle regelgeving die, hoewel ze in gelijke mate van toepassing is op binnenlandse en buitenlandse personen, de toegang tot de markt verbiedt, beperkt of belemmert, tenzij die niet-discriminatoire regelgeving vatbaar is voor rechtvaardiging.

De eerste stap in de analyse van het Hof is vaststellen of er sprake is van een obstakel. De obstakeltheorie deed zijn ingang in het arrest *Säger*, en het Hof van Justitie kaderde obstakeltheorie als volgt: “artikel 59 EEG verdrag (*huidig artikel 56 VWEU*) vereist niet alleen de afschaffing van iedere discriminatie van de dienstverrichter op grond van diens nationaliteit verlangt, maar tevens de opheffing van iedere beperking – ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten – die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt of anderszins belemmert.”³²¹ Het Hof stelde vast dat het door middel van wetgeving voorbehouden van diensten op het gebied van bewaking en instandhouding van octrooien door betaling van verschuldigde taksen, aan personen met een bijzondere beroepskwalificatie, een obstakel inhield ten opzicht van het vrij verkeer van diensten.³²²

Het Hof introduceerde vervolgens de obstakeltheorie in het kader van het vrij verkeer van werknemers in de zaak *Bosman*. In deze zaak diende het Hof na te gaan of een systeem van transfervergoedingen na afloop van het contract van professionele voetballer verenigbaar was met het vrij verkeer van werknemers. Het Hof oordeelde: “Ook al gelden de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde regels ook voor transfers tussen clubs van verschillende nationale verenigingen binnen een zelfde Lid-Staat en al zijn zij analoog aan de regels die de transfers tussen clubs van dezelfde nationale vereniging beheersen, zij stellen niettemin een rechtstreekse voorwaarde voor de toegang van de spelers tot de arbeidsmarkt van de andere Lid-Staten en kunnen daardoor het vrije verkeer van werknemers belemmeren.”³²³ Ook in het kader van de vrijheid van vestiging werd in het arrest *Gebhard* obstakeltheorie ontwikkeld. Het betrof een Italiaanse verplichting voor advocaten om een examen af te

³¹⁹ R. C. A., WHITE, “Workers, establishment and services in the European Union”, New York, Oxford University Press, 2004, 191

³²⁰ R. C. A., WHITE, “Workers, establishment and services in the European Union”, New York, Oxford University Press, 2004, 204-205; E. SPAVENTA, “Free movement of persons in the European Union: Barriers to movement in their constitutional context”, Alphen aan den Rijn, Kluwer law international, 2007, 191

³²¹ HvJ C-76/90, *Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd* §12

³²² HvJ C-33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*

³²³ HvJ C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman* § 103

leggen vooraleer zij de titel “avvocato” mochten voeren, en zich vestigen als onafhankelijk advocaat in Italië. Het Hof stelde dat tot een obstakel moet worden besloten wanneer “nationale maatregelen de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk maken.”³²⁴

Iedere regelgeving die een dienstverlener beperkt of *kan* beperken in zijn mogelijkheden om diensten te verstrekken – of een particulier om diensten te genieten – in de gemeenschappelijke markt is dus potentieel in strijd met het vrij verkeer. Het is daarbij van geen belang of het regels van het vertrekland of van het gastland betreft. Het Hof definieerde als obstakels onder andere: het verbieden of belemmeren van de werkzaamheden van een dienstverrichter, het belemmeren van de vrijheid van werknemers door beperkingen te stellen voor de toegang tot de arbeidsmarkt, het belemmeren of minder aantrekkelijk maken van de uitoefening van de fundamentele vrijheden. Ook de normale toepassing van nationale arbeidsregels op dienstverleners die tijdelijk personeel detacheren naar het gastland waarin ze diensten presteren, is een obstakel. In essentie kan iedere regulering van economische activiteit potentieel een obstakel voor het vrij verkeer inhouden.³²⁵ Het is ook niet vereist dat de belemmering voldoende ernstig is: elke belemmering, hoe gering ook, is verboden.³²⁶

2. Rechtvaardiging van een obstakel

In samenhang met de ontwikkeling van obstakeltheorie werd door het Hof van Justitie een open norm van rechtvaardiging ontwikkeld. Indien potentieel alle regelgeving een obstakel vormt, moet men kunnen aantonen dat de regelgeving desondanks wenselijk is. In *Säger* stelde het Hof: “als grondbeginsel van het Verdrag kan het vrij verrichten van diensten slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in **dwingende redenen van algemeen belang**”. Deze formulering werd in exact dezelfde bewoordingen aangehouden in de zaak *Bosman*³²⁷, en is de geijkte formule geworden.

Een lidstaat kan, om de door haar genomen maatregel te rechtvaardigen, iedere denkbare reden invoeren die zij volgens haar interne orde als een dwingende reden van algemeen belang is. Of een ingeroepen reden door het Hof aanvaard zal worden, kan afgeleid worden uit het groeiende corpus aan rechtspraak. Het hof heeft in het verleden onder meer aanvaard dat bevordering van werkgelegenheid³²⁸, de bescherming van de sociale zekerheid³²⁹, de noodzakelijkheid van een effectieve band tussen de aanvrager van een sociaal voordeel en de lidstaat of geografische arbeidsmarkt³³⁰, de bescherming van werknemers³³¹, en de bescherming van verworven rechten van

³²⁴ HvJ C-55/94, *Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* § 37

³²⁵ Conclusie van Advocaat-generaal Tizzano C-442/02, *CaixaBank France v Ministère de l'Économie, des Finances and de l'Industrie* § 45

³²⁶ Zie bvb. arresten van 13 december 1989, *Corsica Ferries France*, C-49/89, Jurispr. blz. 4441, punt 8, en 15 februari 2000, *Commissie/Frankrijk*, C-169/98, Jurispr. blz. I-1049, punt 46.

³²⁷ HvJ C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman* § 104.

³²⁸ HvJ C-208/05, *ITC Innovative Technology Center GmbH v Bundesagentur für Arbeit*; HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères Sàrl v Directeur de l'Administration de l'emploi*.

³²⁹ HvJ C-156/98, *Raymond Kohll v Union des caisses de maladie*; HvJ C-577/10, *Europese Commissie v Koninkrijk België*.

³³⁰ HvJ C-224/98, *Marie-Nathalie D'Hoop v Office national de l'emploi*; HvJ C-138/02, *Brian Francis Collins v Secretary of State for Work and Pensions*; HvJ C-213/05, *Wendy Geven v Land Nordrhein-Westfalen*; HvJ C-103/08, *Arthur Gottwald v Bezirkshauptmannschaft Bregenz*.

³³¹ HvJ C-60/03, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG v José Filipe Pereira Félix*; HvJ C-113/89, *Rush Portuguesa Lda v Office national d'immigration*; HvJ C-272/94, *Criminal proceedings against Michel Guiot and Climatec SA, as employer liable at civil law*.

werknemers³³² dwingende redenen van algemeen belang uitmaken, die potentieel een obstakel kunnen rechtvaardigen. Het is duidelijk dat hier argumenten voorhanden zijn om dus doelgroepenmaatregelen via dwingende redenen van algemeen belang te legitimeren.

Maar ook wanneer het Hof van Justitie aanvaardt dat een obstakel gemotiveerd is door een dwingende reden van algemeen belang, dan nog moet het obstakel voldoen aan twee andere vereisten. De regelgeving, die het obstakel vormt, moet **geschikt** zijn ter verwezenlijking van het nagestreefde doel, en de maatregelen mogen niet verder gaan dan nodig om dit doel te bereiken. De maatregel moet dus effectief zijn, en de maatregel moet **proportioneel of noodzakelijk** zijn. Deze rechtvaardigingstest werd door het Hof op de meest klare wijze uiteengezet in de zaak *Gebhard*. Het Hof stelde “obstakels moeten, indien zij de uitoefening van een in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid, zoals de vrijheid van vestiging, kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk maken, aan bepaalde vereisten voldoen. Het gaat om de volgende vier vereisten: de voorwaarden moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.”

³³² HvJ, gezamenlijk behandelde zaken C-297/10 en C-298/10, Sabine Hennigs (C-297/10) v Eisenbahn-Bundesamt en Land Berlin (C-298/10) v Alexander Mai.

Hoofdstuk 3. Doelgroepenmaatregelen als te rechtvaardigen obstakels

1. Algemeen

Maatregelen van doelgroepenbeleid op de arbeidsmarkt zullen dus een obstakel zijn wanneer en in de mate dat zij, hetzij voor een dienstverlener, hetzij voor een dienstverkrijger, het gebruik van Europees dienstenverkeer kunnen belemmeren. Zij zullen eenzelfde obstakel zijn wanneer zij, hetzij voor een “werkgever”, hetzij voor een “werknemer” in de zin van het Unierecht, het vrij verkeer van werknemers – ongeacht in welke dimensie van de voormelde tijdslijn van de wieg tot het graf van de werkrelatie – kunnen belemmeren. Het is daarbij *niet* van belang wat de aard van de belemmering is: complexiteit, kosten, administratie, modaliteiten, enz. Het is daarbij *evenmin* van belang hoe omvangrijk de belemmering is. Zelfs een potentiële belemmering wordt als problematisch aangemerkt.

Het ligt dan ook voor de hand dat zowat elke maatregel van doelgroepenbeleid – en bij uitbreiding zelfs eender welk voorschrift in het recht van het ontvangstland – potentieel een obstakel kan inhouden in het licht van vrij verkeer van werknemers en diensten. Daarom is het belangrijk preventief te verifiëren of doelgroepenmaatregelen een legitiem doel van algemeen belang nastreven, daarvoor geschikt zijn en daarmee proportioneel zijn. Per saldo, geeft dit dus een analoge opgave als bij de legitimatie van discriminatoire maatregelen, zoals besproken in het vorige Deel. Alleen is de opgave hier transversaal voor elke mogelijk maatregel, maar tegelijkertijd ook beperkter want alleen aan de orde voor het geval een betrokken partij gebruik maakt van vrij verkeer en aldus een Unie-dimensie opent.

Dit hoofdstuk biedt een illustratieve toelichting bij aspecten van doelgroepenmaatregelen die in het kader van obstakeltheorie het meest problematisch kunnen zijn, en van hun mogelijke rechtvaardigingsgronden. Het is vooral de bedoeling te illustreren hoe deze of gene partij een doelgroepenmaatregel of een aspect ervan zou kunnen construeren als een obstakel in het vrij verkeer. Slechts een beperkt aantal dimensies wordt besproken, maar dat doet niet af aan de waarde van de analyse voor andere maatregelen. Het denkkader zal namelijk altijd hetzelfde. Een maatregel die een obstakel kan zijn, moet gerechtvaardigd worden. De maatregel moet effectief zijn en moet proportioneel zijn. De bewijslast rust op de lidstaat die een obstakel wenst te rechtvaardigen.

2. Mogelijke obstakels

§1. Intrinsiek obstakel

De aard van doelgroepenmaatregelen is intrinsiek dat zij alleen op een bepaald territorium gelden. *In casu* zal dat territorium intrinsiek beperkt zijn tot Vlaanderen. Het argument van een werknemer zou dan kunnen zijn dat doelgroepenmaatregelen enkel worden toegekend in Vlaanderen, en dit hem zou kunnen belemmeren om zich in het vrij verkeer te begeven, omdat in andere lidstaten of elders in België geen doelgroepenmaatregelen worden toegekend, en hij daar dus minder gemakkelijk een arbeidsbetrekking zou kunnen vinden. De kans is echter groot dat de focus dan zal komen te liggen op het gebrek aan doelgroepenmaatregelen elders, in plaats van op het gebrek aan exporteerbaarheid van de Vlaamse maatregelen. Anderzijds zou een inkomende dienstenverrichter met personeelsbehoeften het bestaan van doelgroepenmaatregelen in Vlaanderen alleen als een

mogelijk obstakel kunnen identificeren, al is ook daar de kans groot dat de focus eerder ligt op het gebrek aan maatregelen buiten Vlaanderen. Welke kant de dobbel zal rollen, hangt af van de wijze waarop de beperking wordt geïdentificeerd.

Meer in het algemeen, moet wel worden onderkend dat elke doelgroepenmaatregel per definitie een laag van specificiteit en complexiteit toevoegt aan de Vlaamse arbeidsmarkt, waardoor – nog ongeacht de modaliteiten van de maatregel – het speelveld voor inkomende dienstverleners en voor hun lokale klanten complexer wordt. Dat op zich is al voldoende om, in voorkomend geval van een precieze klacht, tot een obstakel te besluiten. Voor het overige zal de kern van de discussie zich meestal toespitsen op de modaliteiten van de maatregelen, eerder dan op het bestaan van de maatregel als zodanig.

§2. Beperkingen voor inkomende werknemers

Eventuele beperkingen voor buitenlandse werknemers die gebruik maken van het vrij verkeer voor wat betreft het kunnen toepassen van Vlaamse steunmaatregelen, zouden zeker een obstakel uitmaken, nog afgezien van een eventuele discriminatievraag. Daarenboven is Vlaanderen ook verplicht rekening te houden met artikel 7, lid 2 van verordening 1612/68. Die bepaling stelt: “een werknemer die onderdaan is van een Lid-Staat mag op het grondgebied van andere Lid-Staten niet op grond van zijn nationaliteit anders worden behandeld dan de nationale werknemers wat betreft alle voorwaarden voor tewerkstelling en arbeid, met name op het gebied van beloning, ontslag, en, indien hij werkloos is geworden, wederinschakeling in het beroep of wedertewerkstelling. Hij geniet er dezelfde sociale en fiscale voordelen als de nationale werknemers.”

Het Hof van Justitie heeft het begrip “sociaal voordeel” breed gedefinieerd in de zaak *Even*: “De voordelen die deze verordening uitbreidt tot werknemers die onderdaan zijn van andere Lidstaten, zijn alle voordelen die, al dan niet verbonden aan een arbeidsovereenkomst, in het algemeen aan nationale werknemers worden toegekend, voornamelijk op grond van hun objectieve hoedanigheid van werknemer of enkel wegens het feit dat zij ingezetenen zijn, zodat de uitbreiding ervan tot werknemers die onderdaan van andere Lidstaten zijn geschikt lijkt om hun mobiliteit binnen de Gemeenschap te vergemakkelijken.”³³³ In die zin gelezen, anticipeert het geciteerde artikel 7 op de obstakeltheorie door de inkomende werknemer proactief aanspraak te geven op meer dan alleen gelijke behandeling in de arbeid, maar ook op alle sociale voordelen, waartoe ook de voordelen van doelgroepenmaatregelen kunnen behoren.

§3. Meldingsplicht of inschrijvingsvereiste

Het Hof van Justitie heeft, in het kader van het vrij verkeer van diensten, geoordeeld dat een meldingsplicht een obstakel uitmaakte. In de zaak *Limosa* werd de Belgische regelgeving die vereiste dat dienstenverrichters die in een andere lidstaat dan België gevestigd waren zich registreerden en vervolgens, vóór zij op het Belgische grondgebied een dienst verrichtten, de Belgische overheid een bepaald aantal gegevens meedeelden – de datum, de duur en de plaats van de te verrichten dienst, de aard ervan en de identiteit van de dienstontvanger – strijdig bevonden met het vrij verkeer van diensten.³³⁴

³³³ HvJ C-207/78, *Criminal proceedings against Gilbert Even et Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS)*

³³⁴ HvJC-577/10, *European commission v Kingdom of Belgium*

In de context van een doelgroepenmaatregel voor terugbetaling van sociale bijdragen, was advocaat-generaal Sharpston van het Hof van Justitie niet overtuigd dat een inschrijvingsvereiste beschouwd kon worden als een obstakel in het vrij verkeer. Zij was van oordeel dat ten aanzien van grensarbeiders een inschrijvingsvereiste niet noodzakelijk een obstakel zou inhouden, ten eerste omdat deze personen wellicht gewend zijn aan het afhandelen van zaken in zowel de lidstaat waar zij wonen als in de lidstaat waar zij werken, en ten tweede omdat de inschrijvingsprocedure bestond uit het online invullen van een formulier en mogelijks voeren van een gesprek. Zij achtte het onwaarschijnlijk dat deze procedure administratief zo belastend en/of kostbaar zou zijn, dat van een belemmering zou kunnen worden gesproken.³³⁵ Of het Hof dergelijke visie zou volgen in eventuele rechtspraak is twijfelachtig. Het Hof gaf onder meer in de Limosa zaak aan dat de omvang van een beperking niet relevant is.³³⁶ Van zodra er een beperking is, hoe klein ook, is het vrij verkeer in het geding.

Door voorwaarden te stellen waaraan de werknemer moet voldoen, opdat zijn indienstneming zou leiden tot doelgroepenvoordelen in hoofde van zijn werkgever, kan men ook het personeel toepassingsgebied van doelgroepenvoordelen beperken. Dergelijke voorwaarden zullen een obstakel in het vrij verkeer van diensten uitmaken voor die inkomende werkgevers die buiten het toepassingsgebied vallen en die daardoor hun kans op tewerkstelling verminderd zien.

§4. Woonplaatsvereiste

Een woonplaatsvereiste verzekert dat doelgroepenmaatregelen slechts een voordeel opleveren voor werkgevers die een persoon aannemen die kadert binnen het doelgroepenbeleid, en zijn woonplaats heeft in Vlaanderen.

Woonplaatsvereisten vormen volgens vaste rechtspraak van het Europees het Hof van Justitie een obstakel in het vrij verkeer van werknemers en diensten. Zo oordeelde het Hof in de zaak *Tas-Hagen* dat een woonplaatsvereiste, gekoppeld aan een sociaal voordeel voor een particulier, een beperking van het vrij verkeer uitmaakte. Het Hof stelde: “Een nationale wettelijke regeling die bepaalde nationale onderdanen benadeelt, louter omdat zij hun recht om in een andere lidstaat vrij te reizen en te verblijven hebben uitgeoefend, vormt een beperking van de vrijheden die elke burger van de Unie op grond van artikel 18, lid 1, EG geniet. De WUBO (*een sociaal voordeel*) is een dergelijke beperking. Door voor de uitkering aan burger-oorlogsslachtoffers als voorwaarde te stellen dat de belanghebbenden op de datum van indiening van hun aanvraag in Nederland wonen, kan deze wet het voor Nederlanders in een situatie als die van verzoekers in het hoofdgeding, minder aantrekkelijk maken om gebruik te maken van hun recht om buiten Nederland vrij te reizen en te verblijven.”³³⁷

In de zaak *Caves Krier* oordeelde het Hof, in het kader van doelgroepenmaatregelen, opnieuw dat een woonplaatsvereiste een beperking vormt in het kader van vrij verkeer van werknemers en vrij verkeer van diensten. Een Luxemburgse regulering voorzag dat het Luxemburgs werkgelegenheidsfonds socialezekerheidsbijdragen van nieuw aangeworven werknemers zou terugbetalen aan werkgevers, op voorwaarde dat de nieuwe werknemer de leeftijd van 45 jaar had bereikt en sinds ten minste een maand als werkzoekende zijn ingeschreven bij een bemiddelingsbureau voor arbeid. Dit hield een woonplaatsvereiste in omdat een inschrijving bij een dergelijk bemiddelingsbureau slechts mogelijk was voor personen die hun woonplaats hadden in Luxemburg. Het Hof oordeelde als volgt: “Door aan de toekenning van de aanstellingssubsidie de voorwaarde te verbinden dat de werkzoekende in Luxemburg moet wonen, benadeelt deze nationale regeling bepaalde werknemers op de enkele grond

³³⁵ Conclusie advocaat-generaal Sharpston C-379/11, *Caves Krier Frères Sàrl v Directeur de l'Administration de l'emploi*

³³⁶ HvJC-577/10, *European commission v Kingdom of Belgium* § 41 en 42

³³⁷ HvJ C-192/05, *K. Tas-Hagen and R. A. Tas v Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*

dat zij hun woonplaats in een andere lidstaat hebben. Om die reden kan een dergelijke nationale regeling een in Luxemburg gevestigde werkgever ontmoedigen om een werkzoekende aan te stellen die, zoals Schmidt-Krier in het hoofdgeding, zijn woonplaats niet in die lidstaat heeft, aangezien deze werkgever met een dergelijke aanstelling, anders dan de aanstelling van een werkzoekende die zijn woonplaats in dezelfde lidstaat heeft, geen aanstellingssubsidie kan verkrijgen. Dit betekent dat deze regeling de toegang tot werkgelegenheid in Luxemburg kan bemoeilijken voor een grensarbeider die, zoals Schmidt-Krier, werkloos is.”³³⁸

In de zaak *Vlaamse zorgverzekering* oordeelde het Hof dat de beperking van het personeel toepassingsgebied van de Vlaamse zorgverzekering een ongerechtvaardigd obstakel was in het kader van het vrij verkeer van werknemers. Vlaanderen had het personeel toepassingsgebied van een zorgverzekering beperkt tot personen die woonden in Vlaanderen, hetzij een beroepsactiviteit uitoefenden in Vlaanderen maar in een andere lidstaat woonden, zodat personen die in Vlaanderen waren tewerkgesteld maar in het grondgebied van een andere deelstaat van België hun woonst hadden, waren uitgesloten. De redenering van het Hof was dat het personeel toepassingsgebied van de Vlaamse zorgverzekering voor Belgen die zich in het vrij verkeer van werknemers hadden bewogen en terugkeerden naar België, en voor onderdanen van andere lidstaten die werkten in Vlaanderen maar woonden in een andere lidstaat, en in het kader van het vrij verkeer van werknemers naar België wilden komen, een obstakel inhield.

§5. Vereiste dat de werknemer onderhevig is aan de lokale sociale zekerheid

Een andere voorwaarde die leidt tot een beperking van het personeel toepassingsgebied van doelgroepenmaatregelen is het vereiste dat de werknemer onderhevig is aan de nationale sociale zekerheid.

In de zaak *ITC* werd het Hof van Justitie gevraagd of Duitse arbeidsmarktreglementering verenigbaar was met artikel 45 VWEU. Duitsland betaalde via een systeem van vouchers de kost van inschakeling van arbeidsbemiddelingsbureaus, indien zij aan een werkzoekende een baan hadden bezorgd die onder de sociale verzekeringsverplichting viel in Duitsland. Indien de arbeidsbemiddelingsbureaus aan een werkzoekende geen baan hadden aangeboden die onder de Duitse socialezekerheidsplicht viel, diende de werkzoekende de kost van arbeidsbemiddeling zelf te betalen. Door het vereiste op te leggen dat aan de werkzoekende een baan werd aangeboden die verzekeringsplichtig was in Duitsland beperkte Duitsland het personeel toepassingsgebied van de arbeidsmarktreglementering.

Het Hof stelde: “Bepaalt een nationale regeling dat een lidstaat de vergoeding aan een particulier arbeidsbemiddelingsbureau slechts betaalt indien de baan waarvoor dit bureau heeft gezorgd, in deze staat onder de sociale verzekeringsplicht valt, dan bevindt een werkzoekende aan wie dit bureau een baan heeft bezorgd die in een andere lidstaat onder de sociale verzekeringsplicht valt, zich in een minder gunstige situatie dan wanneer dit bureau hem in eigen land een baan had bezorgd, aangezien in laatstbedoeld geval de aan de bemiddelaar verschuldigde vergoeding krachtens bedoelde regeling zou worden betaald. Een dergelijke regeling, die een belemmering doet ontstaan die de werkzoekenden, met name die met beperkte financiële middelen, en diensgevolge ook de particuliere arbeidsbemiddelingsbureaus, kan afschrikken om werk te zoeken in een andere lidstaat (...).”³³⁹

³³⁸ HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères Sàrl v Directeur de l'Administration de l'emploi*

³³⁹ HvJ C-208/05, *ITC Innovative Technology Center GmbH v Bundesagentur für Arbeit*

3. Obstakels doelgroepenbeleid als dwingende reden van algemeen belang

Obstakels moeten, zoals al aangehaald, aan vier vereisten voldoen: ze moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.³⁴⁰ Dat de voorwaarden zonder discriminatie moeten toegepast worden, is vanzelfsprekend. Indien dat niet het geval is, zal het Hof de discriminatieanalyse toepassen. We wenden dus onze aandacht tot de mogelijke rechtvaardiging op basis van “dwingende redenen van algemeen belang”.

§1. Bevordering van werkgelegenheid

In de eerder aangehaalde *ITC*-zaak oordeelde het Hof dat het Duitse systeem van arbeidsbemiddelingsvouchers een obstakel inhield ten opzichte van het vrij verkeer van werknemers. Om de beperking van het personeel toepassingsgebied van dit systeem te legitimeren riep de Duitse overheid verschillende redenen in, die door het Hof werden aanvaard als zijnde dwingende redenen van algemeen belang. De Duitse overheid gaf met name aan dat “het systeem van Duitse arbeidsbemiddelingsvouchers zijn rechtvaardiging kan vinden in de eerste plaats in de omstandigheid dat een dergelijk systeem een nieuw instrument van het nationale arbeidsmarktbeleid is, dat erop gericht is om de arbeidsbemiddeling te bevorderen en de werkloosheid te verlagen.”³⁴¹

In de eveneens eerder aangehaalde zaak *Caves Krier*, diende het Hof te oordelen of een woonplaatsvereiste in het kader van doelgroepenmaatregelen verenigbaar was met het vrij verkeer van werknemers.³⁴² De Luxemburgse regering liet na te argumenteren dat het woonplaatsvereiste gesteund was op een dwingende reden van algemeen belang waardoor het Hof niet diende te oordelen over de rechtvaardiging van het obstakel. Desalniettemin stelde het Hof dat een mogelijke rechtvaardigingsgrond de bevordering van werkgelegenheid was.³⁴³

Vlaanderen kan dus het obstakel, dat doelgroepenbeleid zou kunnen vormen, zeker rechtvaardigen op grond van de noodzakelijkheid om werkgelegenheid te bevorderen. Ook modaliteiten van doelgroepenmaatregelen zou Vlaanderen op grond van deze reden kunnen rechtvaardigen.

§2. Bescherming van de nationale sociale zekerheid

In de *Limosa*-zaak stelde het Hof: “Aangaande de doelstellingen waarop het Koninkrijk België zich in casu beroept, dient te worden vastgesteld dat zij kunnen gelden als dwingende vereisten van algemeen belang die een beperking van het vrij verrichten van diensten kunnen rechtvaardigen. Op dit punt kan worden volstaan met erop te wijzen dat de doelstelling van bestrijding van fraude, met name sociale fraude, en van voorkoming van misbruik, met name schijnzelfstandigheid en zwartwerk, niet alleen met de doelstelling van vrijwaring van het financiële evenwicht van de socialezekerheidsstelsels kan samenhangen, maar ook met de doelstellingen van voorkoming van oneerlijke concurrentie en

³⁴⁰ In het kader van de rechtvaardiging van een obstakel hanteert het Hof dezelfde analyse als ze hanteert in de discriminatieanalyse. zie A.P., VAN DER MEI, *Free Movement of Persons Within the European Community: Cross-Border Access to social benefits*, Oxford, Hart publishing, 2003

³⁴¹ HvJ C-208/05, *ITC Innovative Technology Center GmbH v Bundesagentur für Arbeit* § 38

³⁴² HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères Sàrl v Directeur de l'Administration de l'emploi*

³⁴³ *Ibid*, § 50, 51

sociale dumping alsmede de bescherming van de werkenden, daaronder begrepen zelfstandige dienstverrichters.”

Hieruit valt duidelijk af te leiden dat de vrijwaring van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel een dwingende reden van algemeen belang is. Het Hof oordeelde nog duidelijker in de zaak *Kohll*, en stelde expliciet dat de bescherming van het socialezekerheidsstelsel een dwingende reden van algemeen belang kon inhouden. In deze zaak had de Luxemburgse staat de vergoeding van de kosten van tandheelkundige hulp door een in een andere lidstaat gevestigde orthodontist volgens het tarief van de lidstaat van verzekering afhankelijk gesteld van de toestemming van het socialezekerheidsorgaan van de verzekerde. Het Hof oordeelde dat dit obstakel ten opzichte van het vrij verkeer van diensten gerechtvaardigd kon worden op grond van de noodzakelijkheid het socialezekerheidssysteem te vrijwaren. Het Hof stelde: “Er moet erop worden gewezen dat zuiver economische doelstellingen geen rechtvaardiging kunnen vormen voor een belemmering van het fundamentele beginsel van het vrij verrichten van diensten. Niettemin kan een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel een dwingende reden van algemeen belang vormen, waardoor een dergelijke belemmering gerechtvaardigd kan zijn.”³⁴⁴

Ook in de context van arbeidsmarktbeleid en doelgroepenmaatregelen heeft het Hof van Justitie deze doelstelling aanvaard als zijnde een dwingende reden van algemeen belang. In de zaak *ITC* herhaalde het Hof: “Een risico op ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel kan inderdaad een dwingende reden van algemeen belang vormen.”³⁴⁵

In zoverre dat doelgroepenmaatregelen in verband staan met delen van het socialezekerheidsstelsel, kan de noodzakelijkheid het financieel evenwicht van dit stelsel te vrijwaren een dwingende reden vormen waarop Vlaanderen zich kan beroepen om het personeel toepassingsgebied van doelgroepenmaatregelen te beperken, bijvoorbeeld ten opzichte van personen die in België niet onderhevig zijn aan de sociale zekerheid. De onderzochte rechtspraak heeft wel geen inzicht opgeleverd of dat ook geldt wanneer de financiering van de sociale zekerheid en het arbeidsmarktbeleid op twee verschillende bevoegdheidsniveaus staan. Onzes inziens is dat alleen een formalistisch onderscheid. Men kan toch moeilijk voorhouden dat “algemeen belang” moet beperkt blijven tot die materies waarvoor een overheid zelf bevoegd is.

§3. Werkelijke band met de geografische arbeidsmarkt

Zoals hierboven al werd aangehaald, bij de analyse van de rechtspraak inzake discriminatie, staat het Hof van Justitie gunstig ten aanzien van argumenten die de noodzakelijke band tussen de begunstigde van een voordeel en het territorium waarin dat voordeel wordt verstrekt, als rechtvaardiging poneren. Dat gaat ook zo ver tot de erkenning als dwingende reden van algemeen belang.

De doorbraak kwam in de zaak *D’Hoop*. Het arrest stipuleerde dat “de wachttuitkeringen waarin de Belgische regeling voorziet en die de ontvanger ervan toegang verschaffen tot speciale werkgelegenheidsprogramma's, hebben tot doel de overgang van studie naar beroepsleven voor jongeren te vergemakkelijken. In deze context is het rechtmatig dat de nationale wetgever zich ervan wil vergewissen dat er een werkelijke band bestaat tussen de aanvrager van de uitkeringen en de betrokken geografische arbeidsmarkt.”³⁴⁶ In de zaak *Collins* luidde het dat: “de nationale wetgever gerechtigd is zich ervan te vergewissen dat er een werkelijke band bestaat tussen de aanvrager van

³⁴⁴ HvJ C-156/98, *Raymond Kohll v Union des caisses de maladie*

³⁴⁵ HvJ C-208/05, *ITC Innovative Technology Center GmbH v Bundesagentur für Arbeit*

³⁴⁶ HvJ C-224/98, *Marie-Nathalie D’Hoop v Office national de l’emploi*

uitkeringen die een sociaal voordeel (...) vormen, en de betrokken geografische arbeidsmarkt.”³⁴⁷ Ook in de zaken *Geven*³⁴⁸ en *Gottwald*³⁴⁹ erkende het Hof de rechtmatigheid van een dergelijk doel. *In concreto* kan dus de beperking van het personeel toepassingsgebied van doelgroepenmaatregelen tot die personen die een werkelijke band hebben met de Vlaamse arbeidsmarkt gerechtvaardigd zijn.

Ook andere obstakels dan beperkingen van het personeel toepassingsgebied kunnen vanzelfsprekend gerechtvaardigd worden op grond van deze reden. Zo stelde advocaat-generaal Sharpston in haar conclusie in *Caves Krier* dat een inschrijvingsvereiste voor een werknemer bij een tewerkstellingsagentschap gerechtvaardigd kan zijn op grond van de noodzakelijkheid te verzekeren dat er een werkelijke band is tussen de aanvrager van doelgroepenvoordelen en de betrokken arbeidsmarkt.

De vigerende rechtspraak die een werkelijke band tussen de aanvrager van doelgroepenvoordelen en de relevante arbeidsmarkt als dwingende reden van algemeen belang aanvaardt, geeft uiteraard ook aan Vlaanderen de mogelijkheid om het personeel toepassingsgebied van doelgroepenmaatregelen tot lokale ingezetenen te beperken, mits respect van de beginselen van non-discriminatie.

§4. Verworven rechten en overgangsregeling

Het Hof erkent ook dat een obstakel gelegitimeerd kan zijn door de verworven rechten van andere personen dan die personen die het obstakel ervaren. In de zaak *Hennigs* stelde het Hof: “(...) dat de bescherming van door een categorie van personen verworven rechten een dwingende reden van algemeen belang vormt die deze beperking rechtvaardigt, mits deze beperkende maatregel evenwel niet verder gaat dan noodzakelijk is voor die bescherming”. *In casu* ging het om de overschakeling van een stelsel van verloning gebaseerd op leeftijd, naar een stelsel gebaseerd op objectieve criteria. Het Hof oordeelde dat overgangsmaatregelen, die nochtans nog steeds discriminerend waren, desondanks gerechtvaardigd waren omwille van de vrijwaring van verworven rechten. Het ging hier dus over de realiteit van een *overgangsregeling* die conflicterende belangen trachtte te combineren en waar zowel de doelstelling als de transitierealiteit het Hof tot inschikkelijkheid bewogen.

De redenering van het Hof komt er wezenlijk op neer dat een obstakel zijn rechtvaardiging kan vinden in het feit dat het een overgangsmaatregel is die komaf maakt met een groter obstakel. Indien de Vlaamse overheid in de ontwikkeling van doelgroepenbeleid bij wijze van overgangsmaatregel een obstakel laat bestaan dat dateert van de federale bevoegdheidsperiode, om de verworven rechten van personen enigszins te waarborgen, zal de daaruit voortvloeiende beperking dus als een dwingende reden van algemeen belang kunnen verdedigd worden. Of het Hof ze daadwerkelijk aanvaardt zal uiteraard, zoals steeds, afhankelijk zijn van alle elementen van de concrete afweging.

§5. Bescherming van werknemers

Een groot deel van de rechtspraak die de toepassing van nationaal arbeidsrecht op binnenkomend dienstenverkeer beschouwt als een obstakel dat moet gerechtvaardigd worden, erkent de

³⁴⁷ HvJ C-138/02, *Brian Francis Collins v Secretary of State for Work and Pensions*

³⁴⁸ HvJ C-213/05, *Wendy Geven v Land Nordrhein-Westfalen*

³⁴⁹ HvJ C-103/08, *Arthur Gottwald v Bezirkshauptmannschaft Bregenz*

mogelijkheid van rechtvaardiging wegens de bescherming van de *binnenkomende* werknemers.³⁵⁰ De redenering is dat wanneer lokale arbeidsvoorwaarden in het ontvangstland duurder en dus theoretisch beter zijn voor de werknemers van het herkomstland, hun verplichte toepassing op die werknemers bij tijdelijke detachering naar België objectief in hun voordeel is, ook al maakt het hun mobiliteit duurder en dus moeilijker.

In de mate dat doelgroepenmaatregelen kunnen gekwalificeerd worden als instrumenten voor de bescherming van werknemers, zullen zij dus ook vanuit die optiek gelegitimeerd kunnen worden. Uiteraard veronderstelt dit wel dat zij dan wel degelijk van toepassing zijn op binnenkomende werknemers. Als de bedoeling precies is die toepassing uit te sluiten, zal het argument van werknemersbescherming veeleer in het nadeel dan in het voordeel pleiten, aangezien de overheid zich dan zou bekennen tot het voortrekken van lokaal personeel in vergelijking met extern personeel, wat meteen discriminatierisico zou inhouden.

§6. Beperking sociale bijstand

Op grond van artikel 24 lid 2 van Richtlijn 2004/38 zijn lidstaten niet verplicht om sociale bijstand te verlenen aan onderdanen van een andere lidstaat de eerste drie maanden dat zij in België verblijven. Het Hof oordeelde in de zaak *Vatsouras* dat “uitkeringen van financiële aard, die ongeacht de kwalificatie ervan in de nationale wetgeving bestemd zijn de toegang tot de arbeidsmarkt te vergemakkelijken, kunnen niet als een „recht op sociale bijstand” in de zin van artikel 24, lid 2, van richtlijn 2004/38 worden beschouwd.”³⁵¹ Doelgroepenbeleid is in die zin geen sociale bijstand. Maar ook al zou sprake zijn van “sociale bijstand”, dan nog kan de loutere toepassing van de mogelijkheid die de Richtlijn biedt, niet volstaan. De Richtlijn is immers secundair recht, terwijl de beginselen van vrij verkeer primair recht zijn. Elke lezing en toepassing van de Richtlijn moet zich dus conformeren naar de klassieke principes van rechtvaardiging. Automatische is niet mogelijk; voorwaardelijke en gerechtvaardigde toepassing kan wel.

4. Effectiviteit en proportionaliteit

§1. Algemeen kader

Zelf indien een obstakel gerechtvaardigd kan worden op grond van een dwingende reden van algemeen belang, moet de regelgever nog steeds aantonen dat het obstakel effectief is in het bereiken van het gestelde doel, en dat het doel niet op een minder beperkende wijze kan bereikt worden.

Het aantonen van proportionaliteit en effectiviteit vormt een struikelblok in de rechtvaardiging van obstakels. Het Europees Hof van Justitie is vrij flexibel in het aannemen van dwingende redenen van algemeen belang, aangezien de invulling van wat “algemeen belang” is uiteindelijk tot de soevereiniteit van de lidstaten behoort. Het Hof ziet strenger toe op het respect van proportionaliteit en effectiviteit. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat ook hier – zoals bij de analoge controle van proportionaliteit en effectiviteit bij discriminatie – de taakverdeling tussen de verwijzende nationale

³⁵⁰ Zie uitgebreid M. De Vos, “Free Movement of Workers, Free Movement of Services and the Posted Workers Directive: a Bermuda Triangle for National Labour Standards?”, ERA-Forum, 2006, 356-370.

³⁵¹ HvJ samengevoegde zaken C-22/08 en C-23/08, *Athanasios Vatsouras and Josif Koupatantze v Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900 § 45*.

rechter en het Hof van Justitie dat laatste vaak belet om zeer concreet stelling te nemen en het geschil te beslissen.

De essentiële taak van het Hof en van de bestaande rechtspraak is en blijft het poneren van de principes die uiteindelijk door de nationale rechter, nog altijd met een graad van interpretatievrijheid, moeten worden toegepast. Wat in Deel II als richtsnoeren werd ontwikkeld voor de legitimatie van discriminatie, speelt daarbij *mutatis mutandis* opnieuw hier.

Andermaal zal verwacht worden dat de regelgever niet op basis van stereotype verklaringen en veralgemeningen het nut van een maatregel aanbrengt, maar wel op basis van concrete argumenten die waar nodig met resultaten of cijfers kunnen gestaafd worden. In de woorden van het Hof: "(...) is het een zaak van de lidstaten om bij de vaststelling van een maatregel die afwijkt van een beginsel dat in het recht van de Unie is verankerd, in elk concreet geval te bewijzen dat deze maatregel geschikt is ter verzekering dat de genoemde doelstelling wordt verwezenlijkt en niet verder gaat dan daartoe nodig is. Bij de rechtvaardigingsgronden die een lidstaat kan aanvoeren moet een onderzoek zijn gevoegd van de geschiktheid en de evenredigheid van de door die lidstaat genomen beperkende maatregel, alsmede specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog".³⁵² Louter algemene verklaringen dat een doelgroepenmaatregel bijvoorbeeld de arbeidsbemiddeling stimuleert en de werkloosheid verlaagt, volstaan niet om aan te tonen dat het doel van dit systeem een beperking van één van de fundamentele vrijheden van het Unierecht rechtvaardigt, en vormen evenmin een redelijke grondslag voor de zienswijze dat de gekozen middelen geschikt zijn of zouden kunnen zijn ter bereiking van dat doel.³⁵³

Andermaal zal de moeilijkste zaak, maar weliswaar zelden apart en expliciet in de rechtspraak van het Hof van Justitie ontwikkeld, er in bestaan te evalueren of geen redelijk alternatief voorhanden was dat de vooropgestelde beleidsdoelstelling even goed kon realiseren met minder impact op het principe, zijnde hier het vrij verkeer. Daarbij mag opnieuw enige terughoudendheid van de rechter worden verwacht ten aanzien van wat in essentie beleidskeuzes zijn en waarvoor een graad van redelijkheid in belangenafweging aanvaardbaar kan zijn.

En zoals altijd moet opnieuw worden vastgesteld dat elke uitkomst in deze zowel onzeker als relatief is, aangezien telkens beïnvloed door de omstandigheden van elke zaak en door een graad van appreciatievrijheid.

§2. *Intrinsiek obstakel*

Wanneer het bestaan zelf van een doelgroepenmaatregel, veeleer dan een concrete modaliteit ervan, ter discussie ligt, zal het Hof zich vermoedelijk inschikkelijk tonen inzake proportionaliteit en effectiviteit. Het Hof heeft immers herhaaldelijk aangegeven dat de bevordering van werkgelegenheid een dwingende reden van algemeen belang is, en het aan de lidstaten vrij staat, de maatregelen ter verwezenlijking van hun werkgelegenheidsbeleid te kiezen, en dat de lidstaten bij de uitoefening van deze bevoegdheid over een ruime beoordelingsmarge beschikken.³⁵⁴

Zodra het nut en de effectiviteit van het doelgroepenbeleid met redelijke argumenten, eerder dan met algemene stellingen, kan worden onderbouwd, zal de maatregel snel, gelet op de ruime beoordelingsmarge die lidstaten hebben in het voeren van sociaal beleid, ook als proportioneel worden aangezien.

³⁵² HvJ 13 april 2010, Bressol e.a., C 73/08, Jurispr. blz. I 2735, punt 71.

³⁵³ HvJ C- 208/05, *ITC*, Jur. 2007, I, 181.

³⁵⁴ HvJ C-208/05, *ITC Innovative Technology Center GmbH v Bundesagentur für Arbeit*; HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères Sàrl v Directeur de l'Administration de l'emploi*

§3. Meldingsplicht of inschrijvingsvereiste

Of een inschrijvingsvereiste proportioneel is zal sterk afhangen van de dwingende reden van algemeen belang die de lidstaat tracht te bereiken. In *Limosa* was het Hof van oordeel dat een meldingsvereiste gerechtvaardigd was op grond van de noodzaak de financiële integriteit van het socialezekerheidssysteem te beschermen tegen fraude. Het oordeelde echter dat het inschrijvingsvereiste niet proportioneel was. Het Hof stelde daarbij dat België met geen algemeen vermoeden van fraude mocht hanteren.³⁵⁵

In het licht van doelgroepenmaatregelen lijkt een vorm van inschrijvingsvereiste of een meldingsvereiste evident nuttig. Het zal namelijk toelaten te controleren of bepaalde werknemers daadwerkelijk vallen binnen de voorwaarden om doelgroepenvoordelen te verkrijgen, en is als dusdanig een modaliteit om de werkgelegenheid daadwerkelijk te bevorderen. De essentie zal er in bestaan de formaliteit dusdanig te omschrijven dat die efficiënt en nuttig de beleidsdoelstelling dient. In de mate dat de formaliteit dat niet doet en dus een zuiver-administratieve last inhoudt, zal rechtvaardiging moeilijk zijn.

§4. Woonplaatsvereiste

Een logische beperking van het personeel toepassingsgebied van doelgroepenmaatregelen is het vereiste dat de werknemer, wiens indienstneming tot toekenning van doelgroepensteun aanleiding geeft, woonachtig is in Vlaanderen. Dergelijke zuivere en absolute woonplaatsvereiste wordt door het Hof echter niet aanvaard wanneer deze erop gericht is de effectieve band tussen de genietter van een sociaal voordeel en de geografische arbeidsmarkt te verzekeren, omdat het Hof van oordeel is dat ze niet proportioneel is. Ze treft dan namelijk grensarbeiders of andere tijdelijke werknemers die – hoewel misschien niet woonachtig in Vlaanderen – wel degelijk met de Vlaamse arbeidsmarkt verbonden zijn.

In *Caves Krier* stelde het Hof inderdaad dat het obstakel dat een woonplaatsvereiste inhoudt inderdaad niet geschikt is om de werkelijke band tussen een genietter van een sociaal voordeel en de relevante geografische arbeidsmarkt te beoordelen. Dat geldt in het bijzonder ten aanzien van migrerende werknemers en grensarbeiders, aangezien zij, nadat zij tot de arbeidsmarkt van een lidstaat zijn toegetreden, in beginsel voldoende in de samenleving van die lidstaat zijn geïntegreerd, zodat zij daar het voordeel van het beginsel van gelijke behandeling ten opzichte van nationale werknemers en ingezetenen werknemers kunnen genieten. De integratie is onder meer het gevolg van het feit dat de migrerende werknemers en grensarbeiders, met de fiscale bijdragen die zij in het gastland betalen uit hoofde van de arbeid in loondienst die zij daar verrichten, ook bijdragen aan de financiering van de sociale regelingen in die staat.³⁵⁶

Hoewel een zuiver woonplaatsvereiste volgens het Hof van Justitie een groter obstakel vormt dan nodig om een werkelijke band tussen de werknemer die doelgroepenvoordelen oplevert en de geografische arbeidsmarkt aan te tonen, is dit niet het geval voor zachtere woonplaatsvereisten. In *Gottwald* had de Oostenrijkse overheid de gratis toekenning van een jaarlijks wegenvignet voorbehouden aan gehandicapten die hun woonplaats of hun gewone verblijfplaats op het gebied van de lidstaat hadden. De Oostenrijkse regering stelde dat dit obstakel gelegitimeerd werd door de nood de mobiliteit en sociale integratie te ondersteunen van personen die wegens hun handicap geen gebruik kunnen maken van het openbaar vervoer en afhankelijk zijn van het gebruik van een privévoertuig. Het vereiste van de woonplaats of de gewone verblijfplaats is dan de uiting van een

³⁵⁵ HvJC-577/10, *European commission v Kingdom of Belgium*

³⁵⁶ HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères Sàrl v Directeur de l'Administration de l'emploi* § 53

zekere mate van integratie van de houders van het gratis vignet in de Oostenrijkse samenleving.³⁵⁷ Het Hof volgde deze redenering en oordeelde dat het woonplaatsvereiste effectief was en proportioneel was aan het gestelde doel. Het Hof had bijzondere aandacht voor het feit dat deze voorwaarde van woonplaats in Oostenrijk ruim werd uitgelegd, zodat ook andere aanknopingsfactoren een voldoende band met de Oostenrijkse samenleving konden aantonen met het oog op de toekenning van het gratis vignet. In het bijzonder, kon een gehandicapte die zijn woonplaats of gewone verblijfplaats niet in Oostenrijk heeft, maar die zich om professionele of persoonlijke redenen regelmatig naar dat land begeeft, eveneens in aanmerking komen voor het gratis wegvignet.³⁵⁸

§5. Vereiste dat de werknemer onderhevig is aan de lokale sociale zekerheid

Het lijkt logisch dat een doelgroepenmaatregel ten gunste van werknemers om een loonkostenreductie te realiseren, zich beperkt tot die werknemers die onderworpen zijn aan de sociale zekerheid die de loonkost genereert. In *ITC* kwam niettemin de koude vaststelling dat een dergelijke beperking ook een obstakel voor het kader van het vrij verkeer van werknemers inhoudt. De betrokken regering voerde als rechtvaardiging het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel aan. Op zich legitiem, maar het Hof oordeelde dat de overheid niet had aangetoond dat er een reëel risico was op verstoring van het financieel evenwicht van het socialezekerheidsstelsel. Er was dus niet voldaan aan het effectiviteit- en proportionaliteitsvereiste.³⁵⁹

³⁵⁷ HvJ C-103/08, *Arthur Gottwald v Bezirkshauptmannschaft Bregenz* § 31

³⁵⁸ HvJ C-103/08, *Arthur Gottwald v Bezirkshauptmannschaft Bregenz* § 38 en 39

³⁵⁹ HvJ C- 208/05, *ITC*, *Jur.* 2007, I,181.

Conclusie en toepassing

Het personeel en materieel toepassingsgebied van het vrij verkeer van werknemers en diensten is dermate breed dat de grote meerderheid van economisch actieve personen zich op deze bepalingen kan beroepen. De regels inzake vrij verkeer hebben rechtstreekse werking, waardoor personen zich rechtstreeks ten aanzien van lidstaten van de Europese Unie kunnen beroepen op deze bepalingen, alsook in de onderlinge verhoudingen tussen contractpartijen, in het bijzonder bij de tewerkstelling.

Arbeidsmarktregelgeving zal potentieel aanleiding geven tot obstakels ten opzichte van het vrij verkeer van werknemers en diensten. Alle reglementering in de economische sfeer is potentieel namelijk een obstakel in het kader van het vrij verkeer van werknemers en diensten, en doelgroepenmaatregelen vormen hierop geen uitzondering. Concreet kunnen potentiële obstakels in het kader van doelgroepenbeleid opgedeeld worden in 3 grote categorieën: 1) Het doelgroepenbeleid zelf 2) de modaliteiten die erop gericht zijn het toepassingsgebied van het doelgroepenbeleid te beperken 3) andere voorwaarden of vereisten die, hoewel ze er niet op gericht zijn het toepassingsgebied van doelgroepenbeleid te beperken, toch aanleiding geven tot een potentieel obstakel in het kader van het vrij verkeer van werknemers en diensten.

Ieder obstakel ten opzichte van vrij verkeer moet gerechtvaardigd worden door de auteur ervan, *in casu* de wetgever of overheid. Indien die faalt in de bewijsvoering, dan primeert het principe van het vrij verkeer en moet het obstakel zonder meer als illegaal opzij worden geschoven. Het Hof hanteert in het kader van de obstakeltheorie een open norm ter rechtvaardiging van obstakels. Dit houdt in dat iedere dwingende reden van algemeen belang een grond ter rechtvaardiging inhoudt. Het Hof heeft in het verleden onder andere aanvaard dat de bevordering van werkgelegenheid, de bescherming van het nationaal sociaalezekerheidsstelsel, en de noodzakelijkheid van een werkelijke band tussen de genietter van een sociaal voordeel en een lidstaat, dwingende redenen van algemeen belang zijn, die obstakels in het kader van het vrij verkeer van werknemers en diensten legitimeren. Het lijkt evident dat het merendeel van mogelijke doelgroepenmaatregelen zich bij één of meerdere van die legitieme doelstellingen kunnen aansluiten.

Maar dat is pas het begin van de rechterlijke controle. Opdat een dwingende reden van algemeen belang een obstakel zou kunnen rechtvaardigen, is ook vereist dat die dwingende reden effectief bereikt wordt door de reglementering die het obstakel genereert, en dat de reglementering daarbij niet verder gaat dan nodig is. De meerderheid van de beschikbare doch schaarse rechtspraak heeft vooralsnog besloten dat obstakels van doelgroepenbeleid weliswaar een dwingende reden van algemeen belang nastreefden, maar dat ze daartoe niet effectief en/of proportioneel waren, of minstens dat de lidstaat niet naar behoren had aangetoond dat ze dat waren.

De lidstaat draagt de bewijslast dat de doelgroepenmaatregel – het obstakel – geschikt is ter verzekering van de genoemde doelstelling en niet verder gaat dan daartoe nodig is. Verklaringen en voornemens volstaan daarvoor niet. Onderzoek is nodig, alsmede specifieke gegevens ter onderbouwing van het betoog. Een objectieve, uitvoerige en cijfermatige analyse moet met behulp van ernstige, gelijklopende en bewijskrachtige gegevens kunnen aantonen dat de dwingende reden van algemeen belang die de lidstaat inroept daadwerkelijk wordt bereikt door de maatregel, en dat de dwingende reden van algemeen belang niet op een effectieve wijze kan worden bereikt door een maatregel die het vrij verkeer van werknemers of diensten minder beperkt.

Vanuit het oogpunt van obstakeltheorie, is de wijze van implementatie van het doelgroepenbeleid – lastenverlagingen, loonsubsidies, premies, opleiding, begeleiding, enz. – niet wezenlijk van belang. Zodra een potentiële belemmering voorligt, komt de rechtvaardigingsmachine op gang. Op dat moment kan de techniek van doelgroepenondersteuning wel relevant zijn, vanuit het oogpunt van

effectiviteit en noodzakelijkheid. In de weinige zaken waarin het Hof van Justitie rechtstreeks doelgroepenmaatregelen als obstakel moest beoordelen, heeft het Hof wel geen bedenkingen geuit over de principiële legitimiteit van de gekozen doelgroepentechniek *als zodanig*. Het Hof heeft integendeel aangegeven dat de wijze waarop aan arbeidsmarktbeleid wordt gedaan een prerogatief van de lidstaten is.³⁶⁰ Maar vanuit de keuze van de lidstaten heeft het Hof zich telkens wel zelf ingelaten met de vraag of de gekozen maatregel doelmatig en proportioneel was.

Welke categorieën werknemers onder het doelgroepenbeleid vallen, speelt een grote rol in het discriminatierecht, maar is weinig relevant voor de dimensie van obstakel voor vrij verkeer. Langs de ene kant, is de vaststelling van een potentieel obstakel voldoende en gemakkelijk, en dus weinig beïnvloed door de betrokken categorieën. Langs de andere kant lijdt het weinig twijfel dat maatregelen ten aanzien van zowat elke denkbare categorie werknemers – zoals oudere werknemers, jongere werknemers, laaggeschoolde werknemers, langdurig werkzoekenden en gehandicapte werknemers – onder de noemer van legitiem doel en bevordering van werkgelegenheid kunnen vallen.

Op grond van deze dwingende redenen van algemeen belang, is het doelgroepenbeleid als obstakel zonder twijfel vatbaar voor rechtvaardiging. Ook de meeste modaliteiten van doelgroepenbeleid kunnen wellicht de proef doorstaan, voor zover zij maar objectief en redelijk kunnen verbonden worden met de nagestreefde arbeidsmarktdoelstelling. Beperkingen van het personeel toepassingsgebied van doelgroepenmaatregelen zijn meer risicovol, behalve wanneer de afbakening ook hier weer, ofwel heel precies, ofwel heel flexibel en aanpasbaar, aansluit bij de finale arbeidsmarktdoelstelling. De uitsluiting van bepaalde categorieën van Belgen uit het personeel toepassingsgebied houdt echter geen obstakel van het vrij verkeer in, zolang de betrokken Belgen inderdaad van dat verkeer geen gebruik maken en daardoor geen connectie hebben met een dimensie van het Unierecht.

³⁶⁰ HvJ C-208/05, *ITC Innovative Technology Center GmbH v Bundesagentur für Arbeit*; HvJ C-379/11, *Caves Krier Frères Sàrl v Directeur de l'Administration de l'emploi*